



UNIVERSIDAD DE CHILE
FACULTAD DE DERECHO
ESCUELA DE GRADUADOS

LA ASISTEMATICIDAD EN EL TRATAMIENTO JURÍDICO DE LOS
DELITOS VINCULADOS A LA TRATA DE PERSONAS
ESTABLECIDOS EN EL CÓDIGO PENAL A PARTIR DE LA LEY N°
20.507

FRANCISCO JAVIER SOTO DONOSO

ACTIVIDAD FORMATIVA EQUIVALENTE A TESIS PARA OPTAR AL GRADO DE
MAGISTER

PROFESOR GUÍA:
FELIPE ABBOTT MATUS

SANTIAGO DE CHILE
JUNIO 2013

TABLA DE CONTENIDO

	Página
INTRODUCCIÓN	6
CAPÍTULO 1	
LA REGULACIÓN CONCEPTUAL DEL DELITO DE TRATA DE PERSONAS EN EL DERECHO INTERNACIONAL Y EN ORDENAMIENTO JURÍDICO CHILENO	10
1.1. Origen del delito de trata de personas en el derecho internacional	10
1.2. Origen del delito de trata de personas en el derecho chileno	20
1.2.1. Delito de “trata de blancas” del artículo 367 bis del Código Penal	20
1.2.2. Delitos de trata de personas de los artículos 411 ter y 411 quater del Código Penal	25
CAPÍTULO 2	
ESTRUCTURA Y CONTENIDO DE LOS TIPOS PENALES VINCULADOS A LA TRATA DE PERSONAS DEL CÓDIGO PENAL CHILENO	33
2.1. Trata de personas para fines de explotación sexual y de explotación laboral del artículo 411 quater del Código Penal	33
2.1.1. Verbos rectores	34
2.1.2. Circunstancias comisivas	38
2.1.3. Hipótesis de explotación	41

	2.2. Trata de personas para fines de prostitución del artículo 411 ter del Código Penal	44
CAPÍTULO 3	LA TRATA DE PERSONAS Y LA PROBLEMÁTICA DE LOS BIENES JURÍDICOS PROTEGIDOS	47
	3.1. Visión tradicional	48
	3.1.1. Bien jurídico protegido en el delito de trata de personas del artículo 411 ter del Código Penal	49
	3.1.2. Bien jurídico protegido en el delito de trata de personas del artículo 411 quater del Código Penal	53
	3.1.3. La dignidad humana como bien jurídico protegido	57
	3.1.4. La perspectiva de la violencia de género en el ámbito de la prostitución y de la explotación sexual	64
	3.1.5. La trata de personas, ¿delito de lesión o delito de peligro?	67
	3.2. Visión crítica	73
CAPÍTULO 4	ANÁLISIS ESPECÍFICO DE LAS HIPÓTESIS DE EXPLOTACIÓN EN LOS TIPOS PENALES DE TRATA DE PERSONAS DE LOS ARTÍCULOS 411 TER Y 411 QUATER DEL CÓDIGO PENAL	83
	4.1. Prostitución	84
	4.2. Explotación sexual	91
	4.3. Trabajos o servicios forzados	97

4.4.	Servidumbre	103
4.5.	Esclavitud	107
4.6.	Prácticas análogas a la esclavitud	111
CAPÍTULO 5	CONCLUSIONES: VISIÓN CRÍTICA DE LA DIFERENCIACIÓN ESTABLECIDA ENTRE LAS HIPÓTESIS DE EXPLOTACIÓN SEXUAL Y LAS DE EXPLOTACIÓN LABORAL	113
	BIBLIOGRAFÍA	123

RESUMEN

La modificación del sistema penal chileno en relación a la trata de personas, a partir de la Ley N° 20.507, si bien significó un avance en relación a la antigua figura del artículo 367 bis del Código Penal, consagró una diferenciación en el tratamiento de las distintas formas de explotación reguladas en los respectivos tipos penales. El punto es que dicha diferenciación no se sustenta en una consideración a bienes jurídicos de diversa importancia, sino que responde a criterios de orden moral que, de manera solapada, informaron la reforma legal. Es por ello que el centro del análisis se encuentra en el plano donde se hace más evidente esta diferenciación: las hipótesis de explotación de los tipos penales de trata de personas de los artículos 411 ter y 411 quater del Código Penal.

INTRODUCCIÓN

La trata de personas, como fenómeno normativo, es una realidad instalada en la conciencia jurídica internacional. En la actualidad ya es largo el camino recorrido, tanto por el Derecho Internacional como por las legislaciones internas, en torno a estas conductas relacionadas con la explotación de seres humanos y que son, además, generadoras de grandes dividendos económicos para quienes participan de ellas como agentes. Esta simple expresión puede advertir al lector en cuanto a la gama de aspectos que pueden ser abordados a propósito de este tipo penal: el propiamente jurídico, el político criminal, el relativo a la política de migraciones, el criminológico y el victimológico. Así también, es variada la literatura referente a estos tópicos vinculados a la trata de personas, todos de absoluta relevancia a la hora de enfrentar integralmente esta forma de criminalidad.

En Chile esta realidad se hizo patente jurídicamente con la aparición del tipo penal de trata de personas con fines de prostitución, introducido al Código Penal por la Ley N° 19.409 del año 1995. Posteriormente, con la Ley N° 20.507, de 8 de abril de 2011, se termina por estructurar el sistema penal chileno referido a la trata de personas, ampliándose las hipótesis de explotación, reestructurándose los verbos rectores y contemplándose reglas procedimentales y de protección de víctimas. Además, en esta reforma se introdujo el delito de tráfico ilícito de migrantes, figura también tributaria del Derecho Internacional y con un fundamento fáctico similar al de la trata de personas, pero cuyo centro de protección radica en la política migratoria del Estado. En fin, todo este derrotero normativo ha significado el cumplimiento por parte del Estado de Chile de compromisos de tipificación adoptados en el

marco de instrumentos internacionales que, históricamente, han delimitado la esfera de normas y principios que rigen actualmente este fenómeno delictivo.

Este trabajo sólo pretende abordar un aspecto específico enmarcado en el ámbito estrictamente jurídico, el cual se refiere a la ilegítima y quizás imperceptible presencia de ciertos criterios morales que subyacen en los objetos de tutela jurídica protegidos por aquellos delitos, cuestión que provoca, en definitiva, un tratamiento diferenciado en relación a las hipótesis de explotación presentes en cada uno de los tipos penales. Esta perspectiva regularmente ha sido eclipsada por el tratamiento que, desde el origen de la regulación internacional de la trata de personas, ha hecho la doctrina penal relevando como objeto de tutela jurídica, directa o indirectamente, la dignidad humana, lo que se infiere del artículo 3° del llamado Protocolo de Palermo,¹ instrumento internacional más moderno existente a propósito de la trata de personas, y que se refrenda en la historia legislativa de la Ley N° 20.507 con constantes referencias a este atributo de la persona como bien jurídico protegido.²

¹ Decreto 342. Chile. Promulga la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional y sus Protocolos contra el Tráfico Ilícito de Migrantes por Tierra, Mar y Aire y para prevenir, reprimir y sancionar la Trata de Personas especialmente mujeres y niños. Ministerio de Relaciones Exteriores, febrero de 2005. 44 p. Disponible en: <http://www.bcn.cl/>. (consulta: 6 de mayo de 2012). En la letra b) del artículo 3° del Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la Trata de Personas especialmente mujeres y niños, conocido como Protocolo de Palermo, se señala: “El consentimiento dado por la víctima de la trata de personas a toda forma de explotación que se tenga la intención de realizar descrita en el apartado a) del presente artículo no se tendrá en cuenta cuando se haya recurrido a cualquiera de los medios enunciados en dicho apartado.”

² Biblioteca del Congreso Nacional de Chile. Historia de la Ley N° 20.507 Tipifica los delitos de tráfico ilícito de migrantes y trata de personas y establece normas para su prevención y más efectiva persecución criminal. Boletín 3778-18. Diario Oficial, 2011. 348 p. En el marco del Tercer Trámite Constitucional, en la discusión de sala llevaba a cabo en la Cámara de Diputados, el diputado sr. Marcelo Shilling señaló que “la importancia de tipificar este delito radica en la protección de la integridad y dignidad de las personas, bienes jurídicos que pueden verse afectados, tanto si el delito ocurre de un país a otro o dentro del territorio nacional.”

Ahora, la aproximación crítica que se plantea en este trabajo se expresa con mayor fuerza en el ámbito de los delitos sexuales, y cobra particular importancia en este grupo de delitos vinculados a la trata de personas, pues estamos frente a legislación penal nueva, basada en normas y criterios asentados contemporáneamente en la comunidad internacional y que, sin embargo, no logra superar ciertas visiones morales que supuestamente ya estaban erradicadas del derecho penal.

Particularmente se realizará un análisis crítico de los tipos penales contenidos en los artículos 411 ter y 411 quater del Código Penal, esto es, la trata de personas con fines de prostitución y la trata de personas realizada con ciertas circunstancias comisivas y con fines de explotación laboral, explotación sexual y extracción de órganos. En efecto, el centro de este tratamiento crítico será la diferenciación que realiza el legislador nacional entre la hipótesis de explotación basada en la realización de conductas sexuales (prostitución y pornografía esencialmente) y aquella relativa a la explotación laboral (esclavitud, trabajos forzados y servidumbres). Lo que se intentará plantear es que la asistematicidad denunciada emana de una consideración disímil de los bienes jurídicos que sustentan estos tipos penales, lo que se hace más patente a propósito de la regulación que las legislaciones han realizado de los delitos sexuales, desde donde extraeremos algunos planteamientos fundamentales para aplicarlos a nuestra temática. Este trabajo, por lo tanto, encuentra su sentido en la necesidad de generar algunos espacios de discusión sobre esta temática, especialmente frente al caudal de literatura que, sobre todo en el ámbito internacional, ha generado la trata de personas y que, sin embargo, no ha reparado en este punto. Se denunciará, en definitiva, la presencia de ciertos criterios morales no legitimados a la luz de los parámetros básicos del derecho penal de un Estado social y democrático de Derecho, y cómo ellos terminan por estructurar las figuras de trata de personas con un tratamiento desequilibrado

en relación, fundamentalmente, a las hipótesis de explotación contenidas en ellas, todo lo cual también afecta, por cierto, la garantía constitucional de la igualdad ante la ley del artículo 19 N° 2 de la Constitución Política de la República.

CAPÍTULO 1

ORIGEN DE LA REGULACIÓN CONCEPTUAL DEL DELITO DE TRATA DE PERSONAS EN EL DERECHO INTERNACIONAL Y EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO CHILENO

1.1. Origen del delito de trata de personas en el Derecho Internacional.

Son muchos los fenómenos que, históricamente, han convergido a propósito de la trata de personas. Ligada principalmente a la esclavitud y a la prostitución, esta particular forma de “actividad comercial” fue, a medida que avanzaba el derrotero de la historia por los caminos ilustrados de la libertad, blanco de una cada vez más enérgica crítica. Sin embargo, la aparición del derecho penal en el camino de la trata de personas es relativamente tardía. Es en el siglo XIX en donde podemos fijar el inicio de una larga y desordenada seguidilla de esfuerzos por parte de la comunidad internacional, principalmente europea, para abordar y atacar, con distintas armas jurídicas, esta forma de obtención de dividendos económicos a través de la comercialización de seres humanos, siendo el derecho penal tan sólo una de ellas.

Desde un primer momento los instrumentos internacionales que abordaron esta temática lo hicieron asumiendo diversas perspectivas, siendo la principal de ellas la protección de la víctima. Sin embargo, el foco de atención estuvo orientado a lo que en lenguaje decimonónico se llamó “trata de blancas”, esto es, en términos simples, el traslado de un lugar a otro de mujeres para que ejerzan la prostitución. Esta conducta, originadora de una incipiente criminalidad organizada, fue el detonante para que la comunidad internacional empezara a abordar críticamente este tema, ya pudiéndose

vislumbrar en todo ello lo que será el motor de este trabajo: la diferenciación entre la trata de personas con fines de explotación sexual (o “trata de blancas” para el legislador internacional decimonónico), y la trata de personas con fines de explotación laboral, conducta que, para la comunidad internacional del siglo XIX, todavía no merecía una mirada condenatoria.

Sin perjuicio de las distintas visiones que asoman para abordar el tema de la trata de personas, nuestro interés es indagar acerca del aporte de los instrumentos internacionales atinentes en relación a su delimitación conceptual, pues vislumbramos *a priori* que en ello se cimenta en parte el origen de la diferenciación señalada, la que, por cierto, se traspasó a cada una de las legislaciones nacionales que fueron adecuando sus respectivos tipos penales a lo preceptuado en esos instrumentos. Eso sí, este derrotero normativo ha sido verdaderamente complejo y confuso, esencialmente debido, por un lado, a la necesidad inicial de la comunidad internacional de afrontar este problema desde otros ángulos, desatendiendo primeramente el enfoque punitivo, y, por otro, a la falta de tratamiento armónico de los hechos que constituyen propiamente la trata de personas. Sin embargo, de esta falta de sistematicidad podemos extraer algunos hitos importantes que, en buenas cuentas, vinieron a constituirse en los antecedentes de la legislación penal que nos rige en esta materia.

La primera vez que se abordó internacionalmente la temática de la trata de personas fue en el Primer Congreso para la Represión de la Trata de Blancas, celebrado en Londres en 1889, seguido posteriormente por la Conferencia Internacional de París de 1902. Sin embargo, el primer documento redactado en esa línea fue el Acuerdo Internacional para la Supresión de la Trata de Blancas, firmado en París en 1904 y enmendado por el Protocolo de *Lake Success*, firmado en Nueva York en 1949, el cual establece ciertos

compromisos de los Estados firmantes encaminados a intercambiar información acerca de la contratación de mujeres tratadas en los diversos países, a ejercer vigilancia en fronteras para prevenir la “trata de blancas”, a recibir las declaraciones de las víctimas y a la repatriación de las mismas.³ Ya en este instrumento salta a la vista la problematización moral del comercio sexual que se realiza en su articulado, pues se define someramente la trata de blancas como “la contratación de mujeres y muchachas con el fin de darlas a la vida depravada en el extranjero”,⁴ cuestión que se mantendrá subrepticamente tanto en los instrumentos internacionales como en las legislaciones internas que posteriormente surgieron a propósito de la trata de personas.

En esa misma época -hacia fines del siglo XIX y a principios del siglo XX- varios países europeos concentraron sus esfuerzos en la lucha contra la “trata de blancas” a través de la realización de varios congresos internacionales. Ya se hizo mención al Primer Congreso sobre la materia, el cual se realizó en Londres el año 1889. Posteriormente la sede fue la ciudad alemana de Fráncfort en 1902; París en 1906 y Madrid en 1910. En ese contexto, trece estados europeos suscribieron, en París, la Convención Internacional para la Supresión de la Trata de Blancas, en la que, por primera vez, los países expresamente se comprometen a adoptar medidas penales contra quienes fueren o induzcan la prostitución de mujeres menores de veinte años.

³ Acuerdo Internacional para la Supresión del Tráfico de Trata de Blancas. Archivos del Ministerio de Negocios Extranjeros de la República Francesa, mayo de 1904. Disponible en: <http://proteo2.sre.gob.mx/tratados/archivos/TRATA%20DE%20BLANCAS-ACUERDO.pdf> (consulta: 6 de mayo de 2012).

⁴ Acuerdo Internacional para la Supresión del Tráfico de Trata de Blancas. Archivos del Ministerio de Negocios Extranjeros de la República Francesa, mayo de 1904. Artículos 1° y 2°. Disponible en: <http://proteo2.sre.gob.mx/tratados/archivos/TRATA%20DE%20BLANCAS-ACUERDO.pdf>. (consulta: 6 de mayo de 2012).

Con posterioridad a la Primera Guerra Mundial se retoma el movimiento internacional en contra de la “trata de blancas”, pero aparece además la preocupación por la esclavitud y la explotación laboral. En 1919 se lleva a cabo la Convención de Saint-Germain para la completa supresión de la esclavitud en todas sus formas y el tráfico de esclavos por tierra y mar, instrumento que se convirtió en el antecedente inmediato de la Convención de Ginebra contra la esclavitud de 1926. Posteriormente, en el marco de la Convención para Supresión del Tráfico de mujeres y niños, de 1922, se creó un Comité de expertos que emitió un informe en donde por primera vez se conceptualizaba la trata como delito, señalándose que consistía en el “proxenetismo y el transporte directo e indirecto de mujeres y jóvenes para satisfacer la pasión sexual de otras personas, todo ello presidido por el correspondiente ánimo de lucro”, concepto que constituye un claro pero incipiente intento por establecer los límites típicos de la conducta constitutiva de trata de personas.⁵

Todo este movimiento internacional desembocó en quizás el instrumento más importante y universal de la época referente a la trata de personas, la ya referida Convención de Ginebra contra la esclavitud de 1926. Su finalidad, conforme a su artículo 2º, fue el compromiso de los Estados firmantes en orden prevenir y reprimir la trata de esclavos y a procurar de manera progresiva la supresión completa de la esclavitud en todas sus formas.⁶ Sin embargo, desde la perspectiva de nuestro trabajo, este instrumento cobra particular relevancia por cuanto en él comienza a configurarse la estructura típica que en la

⁵ REBOLLO VARGAS, Rafael, CUGAT MAURI, Miriam, RODRÍGUEZ PUERTA, María José. *Normativa Internacional y Derecho Comparado*. En GARCÍA ARAN, Mercedes. *Trata de Personas y Explotación Sexual. Estudios de Derecho Penal y Criminología*. Nº 79. Granada, Editorial Comares, 2006. 36 p.

⁶ Convención sobre la esclavitud, Ginebra, Suiza, 25 de septiembre de 1926. Archivos de la Sociedad de Naciones. Disponible en: <http://www.ordenjuridico.gob.mx/TratInt/Derechos%20Humanos/D23.pdf> (consulta: 6 de mayo de 2012).

actualidad ostenta la trata de personas, especialmente en lo relativo a sus verbos rectores y a sus hipótesis de explotación. Así, su artículo 1° distingue el concepto de esclavitud, señalando que él se refiere al “estado o condición de un individuo sobre el cual se ejercitan los atributos del derecho de propiedad o algunos de ellos”, del de trata de esclavos, el cual “comprende todo acto de captura, adquisición o cesión de un individuo para venderle o cambiarle; todo acto de cesión por venta o cambio de un esclavo, adquirido para venderle o cambiarle y, en general, todo acto de comercio o de transporte de esclavos”.⁷

Posteriormente y hasta la Segunda Guerra Mundial se sucedieron, en el seno de la Sociedad de Naciones, varios instrumentos jurídicos internacionales que abordaron de una manera más inorgánica que ordenada la temática de la trata de personas. Una vez acabada la guerra, la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, instrumento de importancia universal hasta nuestros días, también reservó parte de su articulado para la trata de personas al señalar, en su artículo 4°, que “nadie será tenido en esclavitud o en servidumbre, la servidumbre y el tráfico están prohibidos en todas sus formas”,⁸ no pasando más allá de una declaración programática y no estableciendo obligación alguna de carácter penal para los estados firmantes de la declaración.

La preocupación por la llamada “trata de blancas” vuelve a aparecer en el Convenio para la Represión de la Trata de Personas y de la Explotación de la Prostitución Ajena, de la Asamblea General de Naciones Unidas, de 1949, el

⁷ Convención sobre la esclavitud, Ginebra, Suiza, 25 de septiembre de 1926. Archivos de la Sociedad de Naciones. Artículo 1°. Disponible en: <http://www.ordenjuridico.gob.mx/TratInt/Derechos%20Humanos/D23.pdf> (consulta: 6 de mayo de 2012).

⁸ Declaración Universal de Derechos Humanos, 10 de diciembre de 1948, Nueva York. Disponible en: <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/scripts/doc.php?file=biblioteca/pdf/0013> (consulta: 6 de mayo de 2012).

cual rige todavía y se encuentra ratificado en la actualidad por más de setenta países. Sin embargo, no obstante lo categórico de su título, las conductas que ordena castigar el convenio dicen relación tan sólo con aquellas prácticas que suponían la incitación y la explotación de la prostitución de otra persona, no refiriéndose verdaderamente a los elementos propios de la trata de personas. Así, dicho convenio estableció cuatro conductas susceptibles de ser sancionadas por los Estados en sus respectivas legislaciones nacionales, a saber: concertar la prostitución de otra persona, aun con su consentimiento; explotar la prostitución de otra persona, aun con su consentimiento; mantener una casa de prostitución, administrarla o, a sabiendas, sostenerla o participar en su financiamiento; dar o tomar en arriendo, a sabiendas, un edificio u otro local, o cualquier parte de los mismos, para explotar la prostitución ajena.⁹

Con posterioridad al Convenio del año 1949 surgieron instrumentos internacionales no relacionados exclusivamente con la trata de personas pero que tangencialmente hicieron referencia a ella, en los que no se hicieron esfuerzos para conceptualizar este fenómeno para efectos punitivos, sino que volvieron su mirada hacia aspectos programáticos proteccionales y de cooperación.¹⁰ Esta línea la rompió ostensiblemente el Convenio Suplementario de Ginebra de 7 de septiembre de 1956 sobre la Abolición de la Esclavitud, Trata de Esclavos e Instituciones y Prácticas Análogas a la Esclavitud. En efecto, este Convenio Suplementario de la Convención de Ginebra de 1926, sin contemplar expresamente en este ámbito el deber de incriminación por parte de los Estados, señala nuevos elementos para reconfigurar el concepto de

⁹ Convenio para la represión de la trata de personas y de la explotación de la prostitución ajena, 2 de diciembre de 1949. Asamblea de las Naciones Unidas. Disponible en: <http://www.derechoshumanos.net/normativa/normas/onu/trata-de-personas/1949-Convenio-Naciones-Unidas-trata-y-prostitucion.pdf> (consulta: 6 de mayo de 2012).

¹⁰ A este respecto se pueden señalar los siguientes instrumentos internacionales: la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (1979); la Convención sobre los Derechos del Niño (1989); la Declaración sobre Eliminación de la Violencia contra la Mujer (1993) y el Proyecto de Resolución de Naciones Unidas sobre Tráfico de Mujeres y Niñas (1997).

esclavitud, haciendo más laxa su estructura en relación a la definición original del artículo 1º de la Convención de 1926. Se adicionan a ella ciertas prácticas análogas a la esclavitud: a) La servidumbre por deudas, o sea, el estado o la condición que resulta del hecho de que un deudor se haya comprometido a prestar sus servicios personales, o los de alguien sobre quien ejerce autoridad, como garantía de una deuda, si los servicios prestados, equitativamente valorados, no se aplican al pago de la deuda, o si no se limita su duración ni se define la naturaleza de dichos servicios; b) la servidumbre de la gleba, o sea, la condición de la persona que está obligada por la ley, por la costumbre o por un acuerdo a vivir y a trabajar sobre una tierra que pertenece a otra persona y a prestar a ésta, mediante remuneración o gratuitamente, determinados servicios, sin libertad para cambiar su condición; c) toda institución o práctica en virtud de la cual una mujer, sin que la asista el derecho a oponerse, es prometida o dada en matrimonio a cambio de una contrapartida en dinero o en especie entregada a sus padres, a su tutor, a su familia o a cualquier otra persona o grupo de personas; o en que el marido de una mujer, la familia o el clan del marido tienen el derecho de cederla a un tercero a título oneroso o de otra manera; o en que la mujer, a la muerte de su marido, puede ser transmitida por herencia a otra persona; y d) toda institución o práctica en virtud de la cual un niño o un joven menor de dieciocho años es entregado por sus padres, o uno de ellos, o por su tutor, a otra persona, mediante remuneración o sin ella, con el propósito de que se explote la persona o el trabajo del niño o del joven.¹¹ Con esta ampliación del concepto de esclavitud, yendo más allá de su conceptualización clásica limitaba al dominio, al comercio y al transporte como

¹¹ Convención suplementaria sobre abolición de la esclavitud, la trata de esclavos y las instituciones y prácticas análogas a la esclavitud, 30 de abril de 1956. Oficina Europea de las Naciones Unidas, Ginebra. Disponible en <http://www2.ohchr.org/spanish/law/abolicion.htm>. (consulta: 6 de mayo de 2012)

aspectos esenciales de aquel, se incorporan otras prácticas relacionadas con limitaciones a la libertad y con la explotación económica.¹²

Recién en 1996 reaparece en la comunidad internacional la preocupación por la conceptualización penal de la trata de personas, preocupación que se traduce en una definición que podríamos catalogar como moderna a la luz de los instrumentos tanto internacionales como nacionales que hoy nos rigen en esta materia. Así, en una resolución del 18 de enero de 1996, el Parlamento europeo definió la trata de seres humanos como el acto ilegal de quien directa o indirectamente favorece la entrada o permanencia de un ciudadano proveniente de un tercer país con fines de explotación, utilizando el engaño o cualquier forma de constreñimiento o abusando de una situación de vulnerabilidad o incertidumbre administrativa, concepto en el que se pueden vislumbrar tres de los elementos centrales que suelen ser característicos en el delito de trata de personas: el traslado de un lugar a otro produciendo una situación de desarraigo de la víctima, la explotación económica lucrativa y la utilización de medios engañosos o violentos para ello.¹³

La señalada era la realidad jurídica internacional al momento de suscribirse, el año 2000, la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, cuyo mérito es ser el instrumento más universal que ha generado la comunidad internacional en las materias delictuales que aborda, incluida por cierto, la trata de personas. Dicha Convención contempló dos protocolos facultativos suscritos por la mayoría de los países partes de aquella: el Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes

¹² REBOLLO VARGAS, Rafael, CUGAT MAURI, Miriam, RODRÍGUEZ PUERTA, María José. *Normativa Internacional y Derecho Comparado*. En GARCÍA ARAN, Mercedes. *Trata de Personas y Explotación Sexual. Estudios de Derecho Penal y Criminología*. Nº 79. Granada, Editorial Comares, 2006. 36 p.

¹³ PARLAMENTO EUROPEO, Resolución sobre la trata de seres humanos. 18 de enero de 1996, OJ Nº C 32, 5.2. 1996.

por tierra, mar y aire, y el Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños. Dentro de lo destacable de estos protocolos está la distinción conceptual que realizan de las voces “trata” y “tráfico”, abordando esferas de ilicitud que, aunque cercanas ontológicamente, corresponden a estructuras normativas disímiles, tanto en su objeto de protección como en su estructura. De esta manera, el tráfico ilícito de migrantes queda reservado para aquellas situaciones en que se facilita la entrada ilegal de una persona a un Estado, con fines financieros o de orden material, destacándose en este caso no sólo la afectación de bienes jurídicos de la víctima sino que también la vulneración de las normas migratorias de los Estados. La “trata de personas”, entonces, sólo se referirá a aquellas situaciones en que se trasladen personas de un lugar a otro con fines de explotación, siendo exclusiva en ella, al menos aparentemente, la protección de bienes jurídicos individuales.

El artículo 3º del Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños, también conocido como Protocolo de Palermo, señala un inédito y completo concepto de trata de personas. Además, por sus propias características, lo que establece dicho precepto no es más que un tipo penal base sobre el cual los países partes del protocolo deben trabajar para adecuar los tipos penales en sus respectivas legislaciones internas. Contiene una exhaustiva descripción de la conducta punible, cuestión que denota la atención que puso el legislador internacional en los aspectos fenomenológicos del delito de trata de personas, pues se consideran en él muchas acciones frecuentemente realizadas por las organizaciones criminales dedicadas a estas actividades ilícitas. Es por ello que, luego de casi un siglo de constatación de la realidad de la trata y de la generación de instrumentos internacionales que tuvieron por fin, entre otras cosas, la delimitación conceptual de aquella, el artículo 3º del Protocolo de Palermo establece el

delito de trata de personas de la siguiente manera: a) Por trata de personas se entenderá la captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción de personas, recurriendo a la amenaza o al uso de fuerza u otras formas de coacción, al rapto, al fraude, al engaño, al abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad o a la concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra, con fines de explotación. Esa explotación incluirá, como mínimo, la explotación de la prostitución ajena u otras formas de explotación sexual, los trabajos o servicios forzados, la esclavitud, la servidumbre o la extracción de órganos; b) El consentimiento dado por la víctima de la trata de personas a toda forma de explotación intencional descrita en el apartado a) del presente artículo no se tendrá en cuenta cuando se haya recurrido a cualquiera de los medios enunciados en dicho apartado; c) La captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción de un niño con fines de explotación se considerará “trata de personas” incluso cuando no se recurra a ninguno de los medios enunciados en el apartado a) del presente artículo; d) Por niño se entenderá toda persona menor de 18 años.¹⁴

Vale la pena destacar la notable evolución que en la estructura del tipo penal de trata de personas significó la aparición del Protocolo de Palermo. Ello responde a la necesidad de la comunidad internacional de atacar más eficazmente la dimensión de delincuencia organizada que supone esta conducta, como también a la pretensión de cubrir con penalidad todos los

¹⁴ Decreto 342. Chile. Promulga la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional y sus Protocolos contra el Tráfico Ilícito de Migrantes por Tierra, Mar y Aire y para prevenir, reprimir y sancionar la Trata de Personas especialmente mujeres y niños. Ministerio de Relaciones Exteriores, febrero de 2005. 44 p. Disponible en: <http://www.bcn.cl/>. (consulta: 6 de mayo de 2012). Este cuerpo normativo, junto con establecer el marco jurídico penal de la trata de personas, también señala ciertas obligaciones programáticas para los Estados firmantes de él: Asistencia y protección de las víctimas de la trata de personas, y medidas de prevención y de cooperación entre los Estados.

espacios de ilicitud que emanan de los grupos organizados detrás de la trata de personas, creando para ello un delito de los llamados de emprendimiento. Se intenta, además, que los Estados suscriptores del Protocolo adapten conceptualmente sus respectivos tipos penales para así poder armonizarlos.

Sin embargo, a pesar del salto modernizador dado, la propuesta conceptual del Protocolo de Palermo estuvo lejos de superar el sesgo moral que se intentará denunciar en este trabajo, pues mantuvo la distinción entre las esferas de explotación sexual y de explotación laboral, dotando de distinto contenido a cada una, estableciendo, además, la noción de “explotación de la prostitución ajena” como una de las finalidades de la trata de personas, no obstante los esfuerzos doctrinarios por superar ese vocabulario decimonónico.

1.2. Origen del delito de trata de personas en el Derecho chileno.

1.2.1. Delito de “trata de blancas” del artículo 367 bis del Código Penal.

Las obligaciones que el Estado de Chile asumió al suscribir la mayoría de los textos internacionales referidos recién se empezaron a cristalizar, desde la perspectiva penal, con posterioridad a la vuelta de la democracia en la década de los 90. Esto fue así al punto de que con anterioridad no existía ningún tipo penal que se refiriera a la trata de personas o a situaciones de explotación, salvo, por cierto, la eventual utilización de algunos tipos penales tradicionales susceptibles de ser aplicados en actividades calificables extrapenalmente, hasta la época señalada, como trata de personas.

Esta situación comenzó a cambiar el 16 de agosto de 1994 con el ingreso a la Cámara de Diputados del proyecto de ley que “introduce

modificaciones al Código Penal con el objeto de tipificar y sancionar el delito de trata de blancas”, lo que se hizo a través de una moción parlamentaria patrocinada por los diputados Alberto Espina Otero, Harry Jürgensen Caesar, Baldo Prokuriça Prokuriça y Raúl Urrutia Ávila. Tal como ocurre en muchos proyectos de ley de este tipo, esta regulación fue la reacción al acaecimiento en la época de ciertos hechos delictuales de conmoción pública, los que en este caso particular daban cuenta de “acciones realizadas para llevar a un país extranjero a un grupo de mujeres chilenas, con el propósito de destinarlas al ejercicio de la prostitución” lo que “ha dejado en evidencia la existencia de toda una organización tendiente a la realización de actividades ilícitas, con distintas finalidades, mediante el comercio sexual de terceros”, señalando esta moción que “la explotación del comercio sexual, por parte de terceros, es incompatible con la dignidad de la persona humana, además de que pone en serio peligro su seguridad individual.”¹⁵

En la propia historia fidedigna de la Ley N° 19.409 se denota la preocupación exclusiva del legislador chileno por las conductas constitutivas de trata de personas con fines de explotación sexual, haciendo alusión a toda la normativa internacional referida a ella y soslayando toda aquella atingente a situaciones de explotación laboral.¹⁶ Ahora, sin considerar el hecho de que en

¹⁵ Comisión de Constitución, Legislación y Justicia de la Cámara de Diputados de Chile. Informe de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia sobre el proyecto de ley que introduce modificaciones al Código Penal con el objeto de tipificar y sancionar el delito de trata de blancas. Boletín N° 1324-07. Valparaíso, 1994. 13 p.

¹⁶ Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado de Chile. Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento recaído en el proyecto de ley, en segundo trámite constitucional, que establece modificaciones al Código Penal, con el objeto de tipificar y sancionar el delito de trata de blancas. Boletín N° 1324-07. Valparaíso, 1995. 38 p. En cuanto a los antecedentes legales referentes al Derecho Internacional, en este informe se hace mención de los siguientes instrumentos: Convenio internacional destinado a asegurar una protección eficaz contra el tráfico criminal conocido bajo el nombre de "Trata de Blancas", firmado en París, el 18 de mayo de 1904; Convención internacional relativa a la represión de la trata de blancas, firmada en París, el 4 de mayo de 1910; Convención internacional para la represión de la trata de mujeres y niños, suscrita en Ginebra el 30 de septiembre de 1921; Convención sobre trata de mujeres mayores, suscrita en Ginebra, el 11 de

la discusión del proyecto todavía se utilizaba la voz “trata de blancas”, propia de tiempos en que la trata era considerada una actividad lícita sólo respecto de personas de raza negra, en ella se manifiesta de una manera a-reflexiva una determinada posición valórica frente al ejercicio de la prostitución. Es así como en los respectivos informes de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia de la Cámara de Diputados, y de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, ya reseñados, se pueden leer las siguientes expresiones: “(La trata de blancas) comprende aquellas acciones realizadas por algunas personas con el propósito de inducir, mediante engaños, a abandonar o a ingresar al país a personas bajo el supuesto de realizar trabajos honestos, para el ejercicio de la prostitución e incluso, para ser intermediarios del narcotráfico”; “el índice de denuncias es muy bajo, y la razón radica en que las personas afectadas vuelven al país -las que logran volver- con un grado de frustración y degradación moral muy grande”; “es un delito que tiende a la corrupción de las mujeres, mayores o menores, con el propósito de lucrarse con ellas dedicándolas a la prostitución”.

En esta misma línea, luego de ofrecerse un concepto de lo que debería entenderse por prostitución, en la propia historia fidedigna del artículo 367 bis se devela quizás la verdadera pretensión del legislador detrás de la implementación de este tipo penal, señalándose que “la prostitución es entendida como la entrega sexual de una persona a cambio de un precio.

octubre de 1933; Código de Derecho Internacional Privado o Código de Bustamante, contenido como anexo de la Convención de Derecho Internacional Privado, suscrita en La Habana, el 20 de febrero de 1928; Convención Americana sobre Derechos Humanos, denominada "Pacto de San José de Costa Rica", suscrita en la ciudad de San José, Costa Rica, el 22 de noviembre de 1969; Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989; Convenio para la represión de la trata de personas y de la explotación de la prostitución ajena, adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 2 de diciembre de 1949 y la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer, "Convención de Belém do Pará", adoptada en Belém do Pará, Brasil, el 9 de julio de 1994, en el Vigésimo Cuarto Período de Sesiones de la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos.

Tradicionalmente, se ha estimado que esta es dable sólo cuando quien ofrece sus servicios es una mujer. Sin embargo, en opinión de la Comisión, la preocupación del legislador debe estar centrada en impedir que se promueva o facilite la realización de actos de comercio sexual, cualquiera sea el sexo de la persona inducida”.¹⁷ Y, como si lo anterior fuera poco, en el seno de la correspondiente comisión de la Cámara de Diputados se esbozaron sucinta pero claramente los objetos de protección que se pretendieron resguardar a través de esta figura, cuestión que se desprende del párrafo siguiente: “Especial rechazo merecieron a la Comisión la realización de estas actividades por cuanto ellas contradicen la moral sexual colectiva de un país, las buenas costumbres, la libertad sexual individual y, fundamentalmente, por que entrañan una degradación del ser humano.”¹⁸

Lo señalado, por cierto, es la base de una decisión político criminal que rindió sus frutos a través de un tipo penal en que se devela un tratamiento laxo de la hipótesis de explotación, cuestión que llevó, en definitiva, a la creación de espacios de punibilidad en que claramente no había ataque a bien jurídico alguno, vulnerándose seriamente el principio de lesividad. El corolario de estas visiones acerca de lo que es la trata de personas, provenientes ciertamente también de la perspectiva asumida en los instrumentos internacionales a los que se hizo mención, fue la reforma del Código Penal contenida en la ya referida Ley N° 19.409, de 7 de septiembre de 1995, la que introdujo el artículo 367 bis con la siguiente redacción: “El que promoviere o facilitare la entrada o

¹⁷ Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado de Chile. Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento recaído en el proyecto de ley, en segundo trámite constitucional, que establece modificaciones al Código Penal, con el objeto de tipificar y sancionar el delito de trata de blancas. Boletín N° 1324-07. Valparaíso, 1995. 38 p.

¹⁸ Comisión de Constitución, Legislación y Justicia de la Cámara de Diputados de Chile. Informe de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia sobre el proyecto de ley que introduce modificaciones al Código Penal con el objeto de tipificar y sancionar el delito de trata de blancas. Boletín N° 1324-07. Valparaíso, 1994. 13 p.

salida de personas del país para que éstas ejerzan la prostitución en el territorio nacional o en el extranjero, será castigado con la pena de presidio menor en su grado máximo y multa de veinte a treinta unidades tributarias mensuales. Sin embargo, se impondrán las penas señaladas en el inciso segundo del artículo anterior en los siguientes casos: 1.- Si la víctima es menor de edad. 2.- Si se ejerce violencia o intimidación. 3.- Si el agente actúa mediante engaño o con abuso de autoridad o confianza. 4.- Si el autor fuere ascendiente, descendiente, cónyuge, conviviente, hermano, tutor, curador o encargado del cuidado personal de la víctima. 5.- Si el agente se vale del estado de desamparo económico de la víctima. 6.- Si existe habitualidad en la conducta del agente.”

Este tipo penal se construyó en base a dos figuras: una simple y otra calificada. La primera consistía en promover o facilitar la entrada o salida de personas del país para que estas ejerzan la prostitución en el territorio nacional o en el extranjero, figura centrada en la actividad accesoria del proxeneta consistente en crear la resolución o apoyar a la víctima para que se traslade de un país a otro con la finalidad de que ésta ejerza la prostitución en el país de destino, caso en el cual ella consiente plenamente en dicha situación, pues las situaciones de falta de voluntad o voluntad viciada se reservaron para la figura calificada. Esta última equipara con igual grado de reproche las situaciones de falta de voluntad de la víctima (ejercicio de violencia o intimidación) y las de voluntad viciada de la víctima (actuación del agente mediante engaño o con abuso de autoridad o confianza, valerse del estado de desamparo de la víctima, o ser el sujeto activo tutor, curador o encargado de la educación de la víctima), agregándose como circunstancias calificantes la minoría de edad del sujeto pasivo, ciertas relaciones de parentesco entre víctima y victimario y la habitualidad en la conducta del agente.

1.2.2. Delitos de trata de personas de los artículos 411 ter y 411 quater del Código Penal.

Los delitos que nos convocan emergen en nuestro ordenamiento jurídico recién en el año 2011. Seis años antes, el 5 de enero de 2005, los diputados Jorge Burgos Varela, Juan Bustos Ramírez, Guillermo Ceroni Fuentes, José Antonio Galilea Vidaurre, María Eugenia Mella Gajardo, Adriana Muñoz D'Albora, Alejandro Navarro Brain, Osvaldo Palma Flores, Jaime Quintana Leal y María Antonieta Saa Díaz presentaron el "Proyecto de ley que tipifica el delito de tráfico de niños y personas adultas y establece normas para su prevención y más efectiva persecución criminal", el que, a través de una ley especial, pretendió actualizar nuestra legislación penal en estas materias, y que en definitiva derivó en la dictación de la Ley N° 20.507, publicada en el Diario Oficial el 8 de abril de 2011. En esta moción, al igual que en las propuestas que fueron debatiéndose en la historia de esta ley, se contemplaron también algunas normas sustantivas relativas a circunstancias modificatorias de responsabilidad penal, referencias a ciertos delitos conexos tales como la asociación ilícita y el lavado de activos, la regulación de técnicas especiales de investigación y normas sobre protección de víctimas.

Respecto de los delitos centrales de este proyecto, claramente la moción significó un cambio de perspectiva en relación con la figura del artículo 367 bis, pues ya en sus consideraciones y fundamentos se abordan temáticas alejadas en principio de los criterios de orden moral subyacentes en la discusión de la Ley N° 19.409 una década antes. En esta oportunidad los ejes pasan a ser la criminalidad organizada como una forma de delincuencia moderna a nivel internacional, las situaciones vinculadas a la vulnerabilidad de las víctimas y la amplia temática de la explotación, entre otras. Además, se toma como base de la regulación instrumentos, estudios y trabajos emanados de diversas

instituciones internacionales y de organizaciones nacionales no gubernamentales,¹⁹ todo lo cual llevó, por cierto, a la presentación de un proyecto de ley centrado más en verdaderas situaciones de explotación vulneradoras de bienes jurídicos personalísimos que en la defensa de criterios morales.

Sin perjuicio de lo señalado, el periplo seguido por este proyecto de ley fue un poco más sinuoso de lo que parece. La estructura original de los tipos penales planteados en la moción parlamentaria sufrió sustanciales modificaciones a medida que las distintas instancias de discusión se iban desarrollando. Es así que en un principio, bajo el epígrafe “de los delitos contra la libertad e integridad física de las personas vinculados al tráfico de personas”, se propone la regulación de los siguientes delitos: a) la promoción del tráfico de personas, en que básicamente se mantiene la estructura típica de la figura simple del artículo 367 bis, pero señalando como hipótesis de explotación, además de la prostitución, la servidumbre sexual o laboral, b) la trata de personas, delito que consistiría en dedicarse, individual o colectivamente, a la captación, transporte, traslado, acogida o recepción de personas con fines de explotación sexual, recurriéndose a la amenaza, secuestro, fuerza, engaño o coacción de la víctima, y c) la venta de personas, delito consistente precisamente en la venta de niños o de personas adultas, sea que estos salgan o no del territorio nacional.

¹⁹ Biblioteca del Congreso Nacional de Chile. Historia de la Ley N° 20.507 Tipifica los delitos de tráfico ilícito de migrantes y trata de personas y establece normas para su prevención y más efectiva persecución criminal. Boletín 3778-18. Diario Oficial, 2011. 348 p. En la moción parlamentaria se da cuenta de los aportes en datos y fundamentos fácticos relacionados con los tipos penales propuestos en el proyecto, realizados por organismos tales como la ONG Raíces, la Organización Internacional para las Migraciones, la Organización Internacional del Trabajo y la UNICEF.

Esta configuración inicial propuesta por la moción parlamentaria del año 2005, si bien suponía un incipiente adelanto en relación a lo que ofrecía el artículo 367 bis, pues se incorporaba por primera vez en nuestro ordenamiento jurídico la hipótesis de explotación laboral, adolecía no obstante de serias deficiencias: la yuxtaposición de las figuras de promoción al tráfico de personas y de trata, al punto de crearse espacios en que necesariamente deberían aplicarse los criterios del concurso aparente de leyes penales, generándose, paradójicamente, espacios de impunidad como consecuencia del desplazamiento de una de ellas; la difusa distinción entre las figuras de trata de personas y de tráfico ilícito de migrantes, las que claramente, a la luz del derecho internacional, se refieren a situaciones fácticas disímiles y que protegen, en lo esencial, distintos bienes jurídicos;²⁰ y la referencia incomprensible a elementos de derecho penal de autor al exigir, en el delito de trata de personas, que el o los agentes se “dediquen” a la realización de los verbos rectores propuestos en el mismo.

Pero esta propuesta inicial tenía sus días contados. En el marco de la Comisión de Familia de la Cámara de Diputados y gracias a las indicaciones presentadas en ese contexto por el Poder Ejecutivo, el proyecto de ley sufrió sustanciales modificaciones, acercándose ciertamente al resultado final plasmado en la Ley N° 20.507. Junto con definir que las modificaciones significarían una reforma al texto del Código Penal, en desmedro de la dictación de una ley especial, se trazó claramente la línea divisora entre los delitos de tráfico ilícito de migrantes y trata de personas, se estableció provisoriamente este último como un delito que requería necesariamente de circunstancias comisivas para la realización de los verbos rectores y se

²⁰ Sobre la diferenciación conceptual entre tráfico ilícito de migrantes y trata de personas: GERONIMI, Eduardo. *Aspectos jurídicos del tráfico y la trata de trabajadores migrantes*. En *Programa de Migraciones Internacionales de la Oficina Internacional del Trabajo. Perspectivas sobre migraciones laborales*. Ginebra. 2002. 48 p.

equiparó, al menos aparentemente, el tratamiento punitivo de las hipótesis de explotación sexual y de explotación laboral. Claramente estas adecuaciones supusieron una representación mucho más fiel de los postulados tanto del Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes por tierra, mar y aire, como del Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños, ya reseñados en el capítulo 1, en los que se reglamentaron los requisitos mínimos para la construcción de los respectivos tipos penales en los ordenamientos jurídicos de los países firmantes de dichos protocolos. Así, la primera aproximación a lo que en definitiva fue la estructura típica de los delitos de tráfico ilícito de migrantes y trata de personas se evidenció en el primer informe de la Comisión de Familia de la Cámara de Diputados, de 4 de abril de 2007, el que, en el sentido señalado, concluyó con la siguiente propuesta de tipos penales:

“Artículo 411 bis. El que con ánimo de lucro facilite o promueva la entrada ilegal al país de una persona que no sea nacional o residente será castigado con reclusión menor en su grado medio a máximo y multa de cincuenta a cien unidades tributarias mensuales.

Artículo 411 ter. Se aplicará la pena señalada en el artículo anterior en su grado máximo cuando se ejecutare el hecho poniendo en peligro la integridad física del afectado.

Asimismo, si se pusiere en peligro la vida del afectado o si éste fuera menor de edad, dicha pena se aumentará en un grado. Las mismas penas de los incisos anteriores junto con la inhabilitación absoluta en su grado máximo, se impondrán si el hecho fuere ejecutado por un funcionario público.

Artículo 411 quater. El que mediante violencia, intimidación, coacción, engaño o abuso de poder capte, traslade, acoja o reciba personas para que sean objeto de alguna forma de explotación laboral o sexual, incluyendo la pornografía, o extracción de órganos, será castigado con la pena de reclusión mayor en su grado mínimo y multa de cincuenta a cien unidades tributarias mensuales. Si la víctima fuere menor de edad se impondrá la misma pena del inciso anterior, aun cuando no concurriere.”²¹

El sentido de transcribir estas disposiciones del proyecto es relevar las diferencias fundamentales entre ambos tipos penales, así como denotar la notable similitud de sus respectivas redacciones con las contenidas en los textos internacionales señalados. Ahora, en lo que respecta específicamente al delito de trata de personas, la redacción del artículo 411 quater sufrió otras importantes modificaciones en el marco de la discusión subsiguiente, cambios que moldearon el texto definitivo del delito en la Ley N° 20.507, significando algunos de ellos la consagración final de la asimetría entre las hipótesis de explotación sexual y las de explotación laboral, tema central de este trabajo. En cuanto a los cambios que no dicen relación con lo señalado se destaca la introducción, en el inciso final del artículo 411 quater, de los verbos rectores “promover”, “facilitar” y “financiar”, relacionados con actividades que naturalmente supondrían una intervención accesorio, pero que, en el marco de una organización criminal, pueden significar el verdadero motor delictivo de aquella. También destacamos el ajuste que se hizo de las circunstancias comisivas, adecuándolas casi textualmente al texto del artículo 3° del Protocolo de Palermo, así como la mejor presentación que se logró de la figura calificada de trata de personas menores de 18 años, excluyendo expresa y

²¹ Biblioteca del Congreso Nacional de Chile. Historia de la Ley N° 20.507 Tipifica los delitos de tráfico ilícito de migrantes y trata de personas y establece normas para su prevención y más efectiva persecución criminal. Boletín 3778-18. Diario Oficial, 2011. 348 p.

pormenorizadamente todas las circunstancias de comisión necesarias para la configuración del delito en el caso de víctimas adultas.

Pero, tal como se adelantó, las modificaciones posteriores incidieron sustancialmente en la asistematicidad que se denuncia. En primer lugar, adecuando otra vez el texto propuesto originalmente a la preceptiva del Protocolo de Palermo, se eliminó la referencia a la “explotación laboral” y se la reemplazó por algunas expresiones que daban cuenta de graves atentados contra la libertad en ese ámbito: “esclavitud”, “trabajos o servicios forzados” y “servidumbre”, sin alcanzar este cambio a la hipótesis de explotación sexual, la que no se modificó en absoluto hasta el término de la tramitación del proyecto de ley. Las razones de esta adecuación del texto del artículo 411 quater emanaron de la discusión del contenido del mismo plasmada en el Segundo Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, de la cual se desprende que para los legisladores la expresión “explotación laboral” resultaba ser demasiado vaga, al punto de no poder, en los hechos, distinguirse entre situaciones de verdadera trata de personas de aquellas que signifiquen meros incumplimientos a la ley laboral.²²

Por otra parte, en la misma Comisión se incorporó una modificación al contenido del artículo 411 ter, el que originalmente establecía algunas circunstancias calificantes del delito de tráfico ilícito de migrantes. Dicha modificación, que fue propuesta por el profesor Juan Domingo Acosta y por el Ministerio Público en el seno de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, yendo más allá de la propia regulación del Protocolo de Palermo en cuanto a la necesidad de contar con ciertas circunstancias develadoras al menos de una voluntad viciada por parte de la

²² Biblioteca del Congreso Nacional de Chile. Historia de la Ley N° 20.507 Tipifica los delitos de tráfico ilícito de migrantes y trata de personas y establece normas para su prevención y más efectiva persecución criminal. Boletín 3778-18. Diario Oficial, 2011. 348 p.

víctima, mantuvo la redacción de la figura simple del antiguo delito de trata de personas con finalidad de prostitución, contenido en el inciso 1° del derogado artículo 367. En otras palabras, se mantuvo la figura simple del señalado tipo penal, creándose un delito en que la víctima es un mayor de 18 años, pero desprovisto de las circunstancias comisivas a que se hizo mención y sólo para el caso en que la hipótesis de explotación sea el ejercicio de la prostitución. Además, se mantuvo la exigencia de que las víctimas deben traspasar las fronteras del país para verificar la ocurrencia del delito. Esta enmienda del texto original propuesto a la Comisión no fue objeto de un profundo análisis por parte de ella, siendo prácticamente soslayada en las posteriores instancias de tramitación.²³

De esta manera, después de todo este derrotero, los tipos penales de trata de personas de la Ley N° 20.507 se configuraron de la siguiente manera:

“Artículo 411 ter.- El que promoviere o facilitare la entrada o salida del país de personas para que ejerzan la prostitución en el territorio nacional o en el

²³ Biblioteca del Congreso Nacional de Chile. Historia de la Ley N° 20.507 Tipifica los delitos de tráfico ilícito de migrantes y trata de personas y establece normas para su prevención y más efectiva persecución criminal. Boletín 3778-18. Diario Oficial, 2011. 348 p. En el segundo informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado se constata la propuesta realizada por los representantes del Ministerio Público conjuntamente con el profesor señor Juan Domingo Acosta en cumplimiento del encargo hecho por los miembros de la Comisión. Esta proposición consistía en intercalar en el proyecto el siguiente artículo 411 ter: “Artículo 411 ter.- El que promoviere o facilitare la entrada o salida de personas del país para que estas ejerzan la prostitución en el territorio nacional o en el extranjero, será castigado con la pena de reclusión menor en su grado máximo y multa de veinte unidades tributarias mensuales.”. El profesor señor Juan Domingo Acosta explicó que esta norma repite lo dispuesto en el actual inciso primero del artículo 367 bis del Código Penal, tradicionalmente identificado como la disposición que tipifica el tráfico de blancas, que el proyecto deroga en el N° 2) del artículo primero, pero no vuelve a reponer con claridad en las nuevas disposiciones penales que se proponen, aunque por la entidad del delito y la importancia que tiene su tipificación para la persecución del tráfico de personas, es importante que esta conducta esté precisamente sancionada. Los miembros de la Comisión participaron de la idea, considerando que las causales de agravación del tipo penal basal de tráfico ilícito de migrantes ya quedaron claramente establecidas en la disposición aprobada anteriormente, y que el nuevo artículo 411 ter acá propuesto, da una señal clara de repudio a una de las formas tradicionales de tráfico ilícito de migrantes, que es el delito de trata de blancas.

extranjero, será castigado con la pena de reclusión menor en su grado máximo y multa de veinte unidades tributarias mensuales.

Artículo 411 quáter.- El que mediante violencia, intimidación, coacción, engaño, abuso de poder, aprovechamiento de una situación de vulnerabilidad o de dependencia de la víctima, o la concesión o recepción de pagos u otros beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra capte, traslade, acoja o reciba personas para que sean objeto de alguna forma de explotación sexual, incluyendo la pornografía, trabajos o servicios forzados, servidumbre o esclavitud o prácticas análogas a ésta, o extracción de órganos, será castigado con la pena de reclusión mayor en sus grados mínimo a medio y multa de cincuenta a cien unidades tributarias mensuales.

Si la víctima fuere menor de edad, aun cuando no concurriera violencia, intimidación, coacción, engaño, abuso de poder, aprovechamiento de una situación de vulnerabilidad o de dependencia de la víctima, o la concesión o recepción de pagos u otros beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra, se impondrán las penas de reclusión mayor en su grado medio y multa de cincuenta a cien unidades tributarias mensuales.

El que promueva, facilite o financie la ejecución de las conductas descritas en este artículo será sancionado como autor del delito.”

CAPÍTULO 2

ESTRUCTURA Y CONTENIDO DE LOS TIPOS PENALES VINCULADOS A LA TRATA DE PERSONAS DEL CÓDIGO PENAL CHILENO

2.1. Trata de personas para fines de explotación sexual y de explotación laboral del artículo 411 quater del Código Penal.

El tipo penal de trata de personas del artículo 411 quater del Código Penal ofrece una particular estructura, similar a la de la figura marco señalada en el artículo 3° del Protocolo de Palermo. La podemos resumir de la siguiente forma:

- a) Verbos rectores ordenados de tal forma que otorgan a la trata de personas el rótulo de delito de emprendimiento.
- b) Circunstancias comisivas que suponen falta de consentimiento o voluntad viciada de la víctima.
- c) Hipótesis de explotación que operan como elementos subjetivos del tipo distintos del dolo.

A partir de la distinción de estas tres esferas en el delito de trata de personas podemos realizar un análisis del contenido de cada una de ellas, sin perjuicio de tratar, en cada apartado, otros temas atinentes vinculados, como por ejemplo, los problemas de autoría y participación a propósito de la especial configuración de sus verbos rectores.

2.1.1. Verbos rectores.

El tipo penal de trata de personas del artículo 411 quater no se sostiene sobre la base de un verbo rector único, sino que se contemplan en él diversos verbos rectores estructurados como un delito de emprendimiento. Estos verbos rectores son “la captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción de personas”, lográndose abarcar con ellos todas las formas fácticas que pueden configurar el hecho general consistente en desarraigar y trasladar a personas de un lugar a otro para fines de explotación.

Lo interesante de estos verbos rectores consiste en que cada uno de ellos, a su vez, puede ser desglosado en un sinnúmero de actos. Así, “captar” consiste en realizar cualquier acción que suponga atraer la presencia de la víctima y reclutarla (ej.: publicar avisos, entrevistar a la víctima, convencerla, remitir correos electrónicos, etc.). “Transportar” y “trasladar” son verbos que van en el sentido de facilitar y lograr, a través de cualquier medio, que la víctima abandone el lugar en que se encontraba y se desplace hacia otro. “Acoger” y “repcionar” son acciones que se realizan en el lugar de arribo de la víctima, las que pueden consistir en brindar o facilitar el hospedaje u otras acciones análogas.

Son variadas las conclusiones que se pueden obtener a partir de esta configuración de los verbos rectores. Una de ellas, tal como se adelantó, es la caracterización de este tipo penal como un delito de emprendimiento. Esta forma que se utiliza para describir una empresa criminal que se compone de varias acciones tiene la ventaja de otorgar cierta flexibilidad en el tratamiento penal de ella, pues se pretende castigar cada una de las etapas como delito consumado y a título de autor, no importando qué verbos rectores se realizaron ni cuántas veces. Una conceptualización de esta forma delictual la entregan

POLITOFF, MATUS y RAMÍREZ, quienes señalan que los delitos de emprendimiento son aquellos en los que “el autor participa una y otra vez en una empresa criminal iniciada o no por él, en la cual cada participación es punible por sí sola, pero, en atención al sentido de la ley, su reiteración no puede ser sometida a las reglas concursales comunes”.²⁴ Por su parte, a propósito de estos delitos, el profesor BUSTOS señala que, en estos casos, “la ley trata igual a la tentativa y a la consumación”, siendo un caso en que “el legislador anticipa la punibilidad”²⁵ razón por la cual no sería posible en estos casos castigar la conducta a título de tentativa,²⁶ siendo ésta la misma línea doctrinaria que es seguida por ROXIN, quien señala que “en el caso de los delitos de emprendimiento se trata de tipos que equiparan tentativa y consumación.”²⁷ En este orden de ideas, el delito de emprendimiento supone la realización de varias conductas en momentos distintos, pero en donde ellas aparecen como modalidades independientes de una misma actividad compuesta de una serie indeterminada de acciones, iniciadas o no por el autor, y en las que éste participa una y otra vez, y en donde el criterio unificador es la identidad subjetiva del autor que opera dentro de una empresa criminal existente o iniciada por él.²⁸

²⁴ POLITOFF, Sergio, MATUS, Jean Pierre, RAMÍREZ, María Cecilia. *Lecciones de Derecho Penal Chileno. Parte General*. Segunda Edición. Santiago. Editorial Jurídica de Chile, 2004. 611 p.

²⁵ BUSTOS, Juan, HORMAZÁBAL, Hernán. *Lecciones de Derecho Penal. Volumen II*. Primera Edición. Madrid. Editorial Trotta, 1999. 431 p.

²⁶ Siguiendo la clasificación propuesta por Jürgen Wolter, el delito de trata de personas del artículo 411 quater sería un caso de delito de emprendimiento propio. WOLTER, Jürgen. *Imputación objetiva y personal a título de injusto*. A la vez, una contribución al estudio de la *Aberratio Ictus*. En SCHÜNEMANN, Bern. *El sistema moderno del Derecho Penal. Cuestiones Fundamentales*. Madrid. Editorial Tecnos S.A., 1984. 198 p. Al respecto señala: “Los delitos de emprendimiento pueden ser propios o impropios. Los delitos de emprendimiento propios se caracterizan por la equiparación practicada en ellos entre consumación y tentativa; en los impropios, por su parte, se produce la incriminación de la actuación con determinada tendencia.”

²⁷ ROXIN, Claus. *Derecho Penal, Parte General. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*. Primera Edición. Madrid. Editorial Civitas, 1997. 1071 p.

²⁸ MATUS, Jean Pierre. *Artículos 74 a 78*. En *Texto y Comentario del Código Penal chileno, Tomo I*. Santiago. Editorial Jurídica de Chile, 2003. 24 p.

De esta manera, la empresa criminal que puede estar detrás de la trata de personas podría ser ejercida por una persona, caso en el cual la realización de uno o varios de los verbos rectores implicaría para él la realización de un solo delito y no una reiteración delictual. Así también, si dos o más personas realizan la misma acción o acciones distintas (ej.: uno de ellos realiza el traslado y el otro la recepción de las víctimas), cada uno sería autor (o coautor) de un delito consumado de trata de personas. Por tanto, la intención detrás de la configuración de la trata como delito de emprendimiento es, en definitiva, poder castigar la empresa criminal en todas sus etapas cronológicas, y a todos sus partícipes con igual grado de reproche.

En el sentido señalado, los verbos rectores del artículo 411 quater, que son transcripción casi textual de aquellos contenidos en el artículo 3° del Protocolo de Palermo, darían cuenta de gran parte del abanico de actividades posibles que se pueden desplegar a propósito de la trata de personas. Así, quienes no están necesariamente en contacto directo con las víctimas, en razón a que cumplen funciones “superiores” de organización o de financiamiento, no serían captados por los verbos rectores señalados en el inciso 1° de dicha norma (captar, trasladar, acoger o recibir), por cuanto las actividades que se describen en él hacen referencia más bien a funciones concretas (por ejemplo, el sujeto que viaja a un país para publicar avisos y reclutar personas, o quien acompaña directamente a la víctima en su viaje). En grupos delictivos u organizaciones criminales pequeñas, quien asume la dirección o quién financia la actividad podría realizar esas conductas directa o indirectamente (por ejemplo, si contacta a la víctima a través de algún medio electrónico y, siempre a través de ese medio, realiza la compra de pasajes), hipótesis en las que el sujeto ejecuta propiamente las acciones señaladas. Sin embargo, si pensamos en organizaciones criminales de mayor volumen, en que existe una real división de funciones, y en que las labores de dirección y de

financiamiento se encuentran en la cúspide de la pirámide organizacional, sin que tengan los sujetos que las ejercen injerencia en labores operativas concretas, pero siendo ellos, qué duda cabe, fundamentales en la existencia y funcionamiento de aquella, podemos concluir que los verbos rectores que describe la norma no logran captar dichas labores de dirección, conformándose tan sólo con aquellas acciones que hacen operativa la organización. Mirado esto desde la perspectiva de nuestras normas sobre autoría y participación (artículos 15 y siguientes del Código Penal), los verbos rectores de la trata de personas del artículo 411 quater definen la autoría directa de quienes realizan labores ejecutivas en la organización (captar a las víctimas, trasladarlas de un lugar a otro, recibirlas en un lugar determinado). Sin embargo, quienes tienen labores de dirección o de financiamiento sólo podrían ser castigados bajo la figura de la autoría por inducción (artículo 15 N° 2 del Código Penal), la que no supone una autoría propiamente tal sino que una forma de participación criminal que el legislador castiga con las penas de la autoría.

La situación referida, que aparece como muy cuestionable desde la perspectiva de los principios de lesividad y de culpabilidad, fue superada al agregarse, en el marco de la discusión legislativa del proyecto de ley, un inciso final al artículo 411 quater, no contemplado en el texto original, y que incluye a nivel de autoría los verbos rectores “promover”, “facilitar” y “financiar”. De esta manera, si bien el nivel de reproche podría ser el mismo, o incluso diferenciarse a nivel de determinación concreta de pena, el mensaje que entregaba la norma originalmente redactada es que quienes son el sustento y motor de esta actividad criminal sólo realizaban acciones accesorias a las ejecutadas por los bandos medios y bajos, que en el precepto aparecían descritas como acciones principales. Interesante resulta constatar que otros países suscriptores del Protocolo ya habían superado estas dificultades en sus legislaciones internas, diseñando los verbos rectores en forma tal de abarcar todas las potenciales

conductas constitutivas de la trata de personas. En efecto, el Código Penal peruano, en su artículo 153, establece el delito de trata de personas sobre la base de dos niveles de verbos rectores redactados en forma continua: en primer lugar, aparecen verbos que describen acciones de colaboración análogas a las que señala el inciso final del artículo 411 quater (promover, facilitar, financiar), y en segundo lugar, se conectan éstos con las acciones operativas concretas (captar, trasladar, acoger), estructura típica que pone el acento en quienes merecen el mayor reproche en estos delitos (directores y financistas), castigándolos como verdaderos autores y no relegándolos a un reproche inferior a título de mera participación.²⁹

2.1.2. Circunstancias comisivas.

La realización de los verbos rectores del tipo penal de trata de personas del artículo 411 quater está condicionada por ciertas circunstancias comisivas que dan cuenta de la falta o vicio del consentimiento de la víctima para la práctica de las actividades que en definitiva implican la explotación. La introducción de estas circunstancias es importante desde la perspectiva del principio de lesividad, pues con ellas se puede concluir que el delito no puede cometerse si no hay un atentado a la libertad de la persona.

²⁹ Código Penal. PERÚ. Artículo 153: “El que promueve, favorece, financia o facilita la captación, transporte, traslado, acogida, recepción o retención de otro, en el territorio de la República o para su salida o entrada del país, recurriendo a: la violencia, la amenaza u otras formas de coacción, la privación de libertad, el fraude, el engaño, el abuso del poder o de una situación de vulnerabilidad, o la concesión o recepción de pagos o beneficios, con fines de explotación, venta de niños, para que ejerza la prostitución, someterlo a esclavitud sexual u otras formas de explotación sexual, obligarlo a mendigar, a realizar trabajos o servicios forzados, a la servidumbre, la esclavitud o prácticas análogas a la esclavitud u otras formas de explotación laboral, o extracción o tráfico de órganos o tejidos humanos, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de ocho ni mayor de quince años.(...) La captación, transporte, traslado, acogida, recepción o retención de niño, niña o adolescente con fines de explotación se considerará trata de personas incluso cuando no se recurra a ninguno de los medios señalados en el párrafo anterior.”.

Podemos destacar la paridad que muestra el tipo penal entre las situaciones de falta de voluntad y aquellas vinculadas a la voluntad viciada de la víctima, lo que es frecuente en los delitos vinculados a la explotación de personas en donde al legislador no le importa la clásica distinción,³⁰ propia de los delitos sexuales comunes, entre circunstancias comisivas que buscan anular la voluntad de la víctima y aquellas que buscan sólo viciarla, definiendo ambas con estructuras y niveles de reproche disímiles. En la trata de personas del artículo 411 quater, el recurrir a violencia, intimidación o coacción es igual de reprochable, desde el punto de vista del injusto típico, que realizar los verbos rectores mediando engaño, abuso de poder, aprovechamiento de una situación de vulnerabilidad o de dependencia de la víctima, o la concesión o recepción de pagos u otros beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra.

De lo dicho se desprende que si no es posible acreditar en el proceso ninguna de estas circunstancias la conducta es atípica, no contemplándose en el tipo penal alguna hipótesis simple que permita imponer una pena no obstante la ausencia de dichas circunstancias, salvo en aquella situación de explotación sexual regulada en el artículo 411 ter. La ley establece una lógica excepción a esta regla, señalando que respecto de menores de 18 años no es necesaria la consideración de circunstancia comisiva alguna.

³⁰ El derogado artículo 367 bis del Código Penal, que establecía el delito de trata de personas para fines de prostitución, conocido también como “trata de blancas”, regulaba con idéntico reproche, en su figura calificada, situaciones que implicaban la ausencia de voluntad de la víctima y circunstancias que suponían su voluntad viciada: “Art. 367 bis.- El que promoviere o facilitare la entrada o salida de personas del país para que éstas ejerzan la prostitución en el territorio nacional o en el extranjero, será castigado con la pena de presidio menor en su grado máximo y multa de veinte a treinta unidades tributarias mensuales. (...) Sin embargo, se impondrán las penas señaladas en el inciso segundo del artículo anterior en los siguientes casos: 1.- Si la víctima es menor de edad. 2.- Si se ejerce violencia o intimidación. 3.- Si el agente actúa mediante engaño o con abuso de autoridad o confianza. 4.- Si el autor fuere ascendiente, descendiente, cónyuge, conviviente, hermano, tutor, curador o encargado del cuidado personal de la víctima. 5.- Si el agente se vale del estado de desamparo económico de la víctima. 6.- Si existe habitualidad en la conducta del agente.”

Dentro de las circunstancias comisivas que se señalan podemos destacar aquellas que suponen un consentimiento viciado de la víctima, ya que siempre ofrecen un campo de análisis más interesante en atención al deslinde que se produce entre aquellas y las situaciones de plena libertad. En este plano, el umbral que establece el tipo penal para traspasar al campo de lo ilícito se adelanta bastante, pues se señala como hipótesis la mera concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de personas unidas al hechor por vínculos de autoridad, sin exigencia subjetiva adicional alguna (a diferencia de lo que ocurre con el abuso de poder o el aprovechamiento de una situación de vulnerabilidad), lo cual facilita bastante el ejercicio probatorio y de configuración típica de la circunstancia.

Por otro lado, atendiendo a la cantidad de casos en que concurre la circunstancia del engaño, es importante referirse a sus contornos. El problema a resolver a este respecto, considerando la cantidad de elementos que ostenta el tipo penal, consiste en determinar la extensión del objeto del engaño. Pues bien, pensamos que, en función de la gama y entidad de los bienes jurídicos protegidos por la norma, el engaño podría recaer tanto en el contenido de las labores a realizar por la víctima (por ejemplo, se le señala que realizará un trabajo de mesera y termina prostituyéndose), como en las condiciones del mismo (se le señala a la víctima que realizará actividades vinculadas a la prostitución, lo cual la víctima acepta, pero en condiciones económicas y de salubridad sustancialmente distintas a las ofrecidas). Lo relevante en estos casos es que se haya utilizado un ardid para convencer a la víctima, y que, producto de dicho ardid, ella consienta en realizar una labor que no le generará realmente beneficio sino que en los hechos se lo generará al tratante. Siendo una circunstancia que se delimita en función de los elementos particulares del tipo penal (como objetos sobre los cuales debe recaer el engaño), no ha existido gran desarrollo doctrinario referente a ella, sin perjuicio de lo cual la

doctrina comparada, interpretando los tipos penales nacionales, ha tendido a darle una aplicación amplia. Así, en el marco de análisis del delito de “tráfico” del artículo 318 bis del Código Penal español,³¹ en donde el engaño se comporta como una calificante de responsabilidad penal, otorgándose una amplia extensión a esta circunstancia, se ha dicho por parte de la doctrina que ésta supone “la determinación de la decisión del inmigrante mediante informaciones falsas que le proporciona quien promueve o favorece su inmigración, recayendo el engaño sobre el mismo hecho de la inmigración y bastando con ello para integrar la agravación”.³²

2.1.3. Hipótesis de explotación.

³¹ Código Penal. ESPAÑA. Artículo 318 bis: “1. El que, directa o indirectamente, promueva, favorezca o facilite el tráfico ilegal o la inmigración clandestina de personas desde, en tránsito o con destino a España, o con destino a otro país de la Unión Europea, será castigado con la pena de cuatro a ocho años de prisión. 2. Si el propósito del tráfico ilegal o la inmigración clandestina fuera la explotación sexual de las personas, serán castigados con la pena de cinco a 10 años de prisión. 3. Los que realicen las conductas descritas en cualquiera de los dos apartados anteriores con ánimo de lucro o empleando violencia, intimidación, engaño, o abusando de una situación de superioridad o de especial vulnerabilidad de la víctima, o siendo la víctima menor de edad o incapaz o poniendo en peligro la vida, la salud o la integridad de las personas, serán castigados con las penas en su mitad superior. 4. En las mismas penas del apartado anterior y además en la de inhabilitación absoluta de seis a 12 años, incurrirán los que realicen los hechos prevariándose de su condición de autoridad, agente de ésta o funcionario público. 5. Se impondrán las penas superiores en grado a las previstas en los apartados 1 a 4 de este artículo, en sus respectivos casos, e inhabilitación especial para profesión, oficio, industria o comercio por el tiempo de la condena, cuando el culpable perteneciera a una organización o asociación, incluso de carácter transitorio, que se dedicase a la realización de tales actividades. Cuando se trate de los jefes, administradores o encargados de dichas organizaciones o asociaciones, se les aplicará la pena en su mitad superior, que podrá elevarse a la inmediatamente superior en grado. En los supuestos previstos en este apartado la autoridad judicial podrá decretar, además, alguna o algunas de las medidas previstas en el artículo 129 de este Código. 6. Los tribunales, teniendo en cuenta la gravedad del hecho y sus circunstancias, las condiciones del culpable y la finalidad perseguida por éste, podrán imponer la pena inferior en un grado a la respectivamente señalada.”

³² MORÓN LERNA, Esther, GARCÍA ARÁN, Mercedes, JIMÉNEZ VILLAREJO, Carlos. *Los Tipos Penales acogedores del Tráfico de Personas*. En GARCÍA ARÁN, Mercedes. *Trata de Personas y Explotación Sexual. Estudios de Derecho Penal y Criminología*. Nº 79. Granada, Editorial Comares, 2006. 66 p.

Del análisis de las hipótesis de explotación que se señalan en el tipo penal se puede relevar el avance que se produjo en orden a superar la recurrente vinculación de la trata de personas con la prostitución, cuestión que por cierto no es más que el corolario de la evolución que en el derecho internacional se verificó al respecto. Estas hipótesis se refieren a todo tipo de explotación sexual, incluyéndose dentro de esta la pornografía, distinguiéndose aquella de la explotación laboral, que en el tipo penal se identifica a través de las nociones restringidas de trabajos o servicios forzados, de servidumbre y de esclavitud, incluyéndose las prácticas análogas a ésta, y agregándose también la extracción de órganos.

En todas esta hipótesis se manifiesta claramente la intención del sujeto activo de transformar en “cosa” u “objeto” al ser humano, todo lo cual no sólo afecta la gama de bienes jurídicos involucrados, sino que también merma potencialmente su atributo más inherente: la dignidad humana. La implementación de estas formas de explotación, por sí sola, denotaría, aparentemente, el propósito de dejar fuera del ámbito de protección todo bien jurídico de tinte moral, en el entendido que lo realmente importante es el sometimiento del ser humano y su “cosificación”. Es por ello que se contempla una hipótesis que incluso va más allá de la mera explotación como lo es la extracción de órganos, en que el cuerpo de la víctima, y particularmente sus miembros y tejidos, se convierten en objeto de lucro por parte de terceros.

Ahora, y desde un punto de vista dogmático, estas hipótesis de explotación no pueden ser consideradas como resultados de la acción. Si, en este sentido, asumimos que la trata de personas es un delito de mera actividad y de peligro, el ejercicio de las actividades relativas a la explotación propiamente tal no puede integrar el tipo penal como un resultado, sino que debe ser ubicado en una esfera distinta. La redacción del tipo penal del artículo

411 quater habla de ciertos verbos rectores, realizables con ciertas circunstancias comisivas sobre personas, para que éstas “sean objeto” de algunas de las formas de explotación señaladas, por lo que es fácil concluir que éstas son, dentro de su estructura, meras finalidades que operan en el fuero interno del sujeto activo y que se enmarcan dentro de la llamada faz subjetiva del tipo penal, tomando el cariz de un elemento subjetivo distinto al dolo.

A este respecto, recordemos que los delitos con elementos subjetivos distintos del dolo pueden ser clasificados, por un lado, en delitos de intención trascendente, que son aquellos en los que el sujeto quiere “algo” que está más allá de su conducta, siendo ese algo un fin cuyo medio para ser obtenido coincide con la conducta que castiga la ley, y, por otro, en delitos de tendencia, en donde la configuración del delito requiere de un ánimo que le da a la conducta un sentido específico, pero sin correlato en la realidad; a su vez, los primeros se clasifican por un lado en delitos imperfectos en dos actos, en donde la finalidad del sujeto consiste en una propia actuación suya, la que no es necesario realizar para que el delito esté consumado, y por otro, en delitos de resultado cortado, en los que la acción típica se complementa con la mira de conseguir un resultado que debe producirse por sí mismo, sin la intervención del hechor.³³ Para MIR PUIG se trata, en general, de tipos penales que él llama incongruentes en donde “la parte subjetiva de la acción no se corresponde con la objetiva”, lo cual puede suceder tanto por exceso objetivo (caso de los delitos imprudentes) como por exceso subjetivo, en los que los tipos son portadores de elementos subjetivos distintos del dolo o constituyen una forma imperfecta de

³³ POLITOFF, Sergio, MATUS, Jean Pierre, RAMÍREZ, María Cecilia. *Lecciones de Derecho Penal Chileno. Parte General*. Segunda Edición. Santiago. Editorial Jurídica de Chile, 2004. 611 p. A este respecto también, CURY, Enrique. *Derecho Penal. Parte General*. Séptima Edición. Santiago. Ediciones Universidad Católica de Chile, 2005. 812 p.

ejecución,³⁴ clasificando los primeros en delitos mutilados en dos actos, delitos de resultado cortado y delitos de tendencia interna intensificada, ofreciendo las mismas categorías que describían POLITOFF, MATUS y RAMÍREZ.

En el marco de la clasificación reseñada, el delito de trata de personas claramente se ubica dentro de los delitos de intención trascendente, pues existe una finalidad de explotación de la víctima que puede concretarse efectivamente en los hechos, no siendo esa finalidad un mero ánimo que tiñe de antijuridicidad la conducta. Más complejo es dilucidar si se trata de un delito imperfecto en dos actos o de resultado cortado, pudiendo, a nuestro juicio, ostentar ambas calidades en función de la complejidad fáctica que puede adoptar la realización del fin, el que en algunos casos puede depender de la propia víctima (por ejemplo, la víctima, sin mediar intervención directa del sujeto activo, comienza a prostituirse por iniciativa propia debido a las amenazas y coacciones iniciales), y en otros estará supeditada la explotación a la realización de nuevas acciones por parte del sujeto activo (por ejemplo, una vez trasladada la víctima, el tratante debe hacer uso de amenazas para lograr que se prostituya).

2.2. Trata de personas para fines de prostitución del artículo 411 ter del Código Penal.

La figura simple del fenecido tipo penal de trata de personas del artículo 367 bis del Código Penal, malamente llamado “trata de blancas”, subsistió en la Ley N° 20.507. Es por ello que el tratamiento dogmático de este delito

³⁴ MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal. Parte General*. Séptima Edición. Buenos Aires - Montevideo. Editorial B de F, 2004. 781 p.

corresponde al realizado por los autores respecto de la figura del artículo 367 bis, razón por la cual haremos referencia a lo señalado por dicha doctrina.

El tipo penal se construye sobre los verbos rectores “promover” y “facilitar”, los que, en forma alternativa, son los que recurrentemente utiliza el legislador para dar cuenta de ciertas conductas típicamente accesorias a una principal realizada por la víctima, pero que constituyen normativamente el centro del injusto penal.³⁵ Promover significa inducir o inclinar a otro hacia la realización de un determinado comportamiento, siendo análoga esta actividad a la instigación o inducción; facilitar, en cambio, supone cualquier acto de cooperación que haga posible o más expedito el acto.³⁶ El objeto de esa actividad accesoria es “la entrada o salida del país de personas para que ejerzan la prostitución en el territorio nacional o en el extranjero”, acción ejercida por la víctima y que, según la opinión de RODRÍGUEZ COLLAO, consistiría en la consumación del delito,³⁷ lo que indefectiblemente llevaría a concluir que dicho elemento es una condición objetiva de punibilidad al no corresponder esa actividad a un hecho del sujeto activo. Para GARRIDO MONTT³⁸ y para POLITOFF, MATUS y RAMÍREZ,³⁹ en cambio, la consumación está simplemente en la verificación de los verbos rectores señalados. En este plano se destaca una diferencia fundamental con la figura del artículo 411 quater: la necesidad de que la víctima traspase las fronteras nacionales para entender

³⁵ Otros tipos penales establecidos en el Código Penal que se sirven de estos verbos rectores son los siguientes: favorecimiento de prostitución infantil del artículo 367, el tráfico ilícito de migrantes del artículo 411 bis y la trata de personas en la hipótesis de autoría contemplada en el inciso final del artículo 411 quater.

³⁶ En el sentido señalado, RODRÍGUEZ COLLAO, Luis. *Delitos Sexuales*. Primera Edición. Santiago. Editorial Jurídica de Chile, 2004. 330 p.; GARRIDO MONTT, Mario. *Derecho Penal, Parte Especial. Tomo III*. Cuarta Edición. Santiago. Editorial Jurídica de Chile, 2010. 515 p.

³⁷ RODRÍGUEZ COLLAO, Luis. *Delitos Sexuales*. Primera Edición. Santiago. Editorial Jurídica de Chile, 2004. 330 p.

³⁸ GARRIDO MONTT, Mario. *Derecho Penal, Parte Especial. Tomo III*. Cuarta Edición. Santiago. Editorial Jurídica de Chile, 2010. 515 p.

³⁹ POLITOFF, Sergio, MATUS, Jean Pierre, RAMÍREZ, María Cecilia. *Lecciones de Derecho Penal Chileno. Parte General*. Segunda Edición. Santiago. Editorial Jurídica de Chile, 2004. 611 p.

configurada la conducta, cuestión que es irrelevante en el delito de trata de personas introducido a la luz de lo regulado en el Protocolo de Palermo.

Al igual como ocurre con el tipo penal del artículo 411 quater, la hipótesis de explotación –que en este caso es el ejercicio de la prostitución por parte de la víctima-, al usarse la preposición “para” antes del señalamiento de aquella, configura un elemento subjetivo distinto del dolo, por lo que el tipo penal tendría los caracteres de un delito de intención trascendente. La realización de conductas relacionadas con la prostitución por parte de la víctima, por lo tanto, no son necesarias para entender por consumado el delito, sino que para el tipo penal ello no supone más que la fase de agotamiento del delito que adquiere relevancia en la medida que se convierte en el móvil del agente.

Este delito, cuya espuria génesis en la historia de la Ley N° 20.507 ya fue reseñada, es un cuerpo extraño en lo que podríamos llamar el “sistema” de los delitos de trata de personas de nuestro ordenamiento jurídico. Y es que, sin perjuicio de los problemas de incongruencia que presenta, cuestión que pretenderemos clarificar globalmente en los próximos capítulos, la figura del artículo 411 ter ni siquiera pasa el más mínimo cedazo puesto por un sistema jurídico basado en la protección exclusiva de bienes jurídicos. La ausencia de circunstancias comisivas reveladoras de al menos una voluntad viciada de la víctima y la implementación de una hipótesis de explotación en que faltan elementos de abuso o coacción ratifican a nuestro entender lo planteado, siendo ello uno de los pilares del análisis comparativo que se realizará con las hipótesis de explotación laboral para intentar apuntalar la asistematicidad presente en el referido “sistema”.

CAPÍTULO 3

LA TRATA DE PERSONAS Y LA PROBLEMÁTICA DE LOS BIENES JURÍDICOS PROTEGIDOS

Para poder adentrarnos adecuadamente en el problema de la asistematicidad vinculada específicamente a las hipótesis de explotación de los delitos de trata de personas es necesario detenerse en el tema de los bienes jurídicos que se pretendieron proteger a través de estas figuras penales. Y es que, sin duda, desde la perspectiva de su función crítica, el bien jurídico constituye un norte a la hora de decidir acerca de la intromisión del Derecho Penal como instrumento necesario y apropiado. Esta aseveración adquiere un sentido determinado en el marco de un Estado social y democrático de Derecho, el cuál “sólo deberá amparar como bienes jurídicos condiciones de la vida social, en la medida en la que afecten a las posibilidades de participación de individuos en el sistema social” por lo que “el Derecho Penal de un Estado social no ha de ocuparse en respaldar mandatos puramente formales, valores puramente morales, ni intereses no fundamentales que no comprometen seriamente el funcionamiento del sistema social”.⁴⁰

A partir de lo señalado pretendemos hacer un contraste entre lo que llamaremos “visión tradicional”, la que entendemos vinculada a aquellas válidas posturas en que la doctrina analiza los bienes jurídicos que protege cada tipo penal sin poner necesariamente el acento en aquellos nichos de protección no legitimados a la luz del principio esbozado, y una “visión crítica” que sí se hace cargo de ello, en que se intenta develar si en las figuras estudiadas se vulnera

⁴⁰ MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal. Parte General*. Séptima Edición. Buenos Aires - Montevideo. Editorial B de F, 2004. 781 p.

este principio de protección exclusiva de bienes jurídicos adscritos a la persona, significando lo dicho, en palabras simples, el marco teórico del presente trabajo. No son éstas, por lo tanto, visiones necesariamente contrapuestas en relación al tema de los bienes jurídicos presentes en la regulación de estos delitos, al punto de presentarse necesariamente como propuestas excluyentes, sino que se busca simplemente complementar lo regularmente señalado por la doctrina en relación a este tema y encontrar, con ello, los puntos de divergencia.

3.1. Visión tradicional.

En el plano de la trata de personas el problema del bien jurídico se torna complejo, no por su debilidad o carencia sino que, al contrario, por la frondosidad de su contenido, pues la comunidad internacional entendió que son variados los valores comprometidos en la realización de las conductas constitutivas de ella. En este apartado importa determinar qué se ha dicho por la doctrina en torno a aquellos valores o bienes jurídicos y, en función de ello, establecer cómo se comportan los respectivos tipos penales a propósito de la forma de afectación de aquellos.

Como quedó de manifiesto en el capítulo anterior, la legislación chilena ostenta dos figuras en relación a la trata de personas: el tipo penal del artículo 411 ter del Código Penal, tributario del derogado artículo 367 bis del mismo código, y la figura principal contenida en su artículo 411 quater. En relación al primero, la doctrina nacional a partir del año 1995, y alguna aislada jurisprudencia dictada a partir del año 2006, se han pronunciado escuetamente acerca del contenido del objeto de tutela jurídica respectivo, en circunstancias que ha sido principalmente la doctrina comparada la que se ha manifestado a

propósito de este tema en relación directa a la propuesta de tipo penal regulada en el ya mencionado Protocolo de Palermo, el cual sirvió de base para la estructuración de la figura del artículo 411 quater del Código Penal.

3.1.1. Bien jurídico protegido en el delito de trata de personas del artículo 411 ter del Código Penal.

La estructura del delito de trata de personas del artículo 411 ter del Código Penal por cierto que define el contenido de su objeto de tutela jurídica. La ausencia de circunstancias comisivas que impliquen, en distintas intensidades, atentados contra la libertad de la víctima, obliga a realizar un esfuerzo para determinar cuál es en definitiva el bien jurídico que pretendió salvaguardar el legislador a través de la implementación de esta figura delictiva.

La doctrina nacional, a propósito del delito de trata del artículo 367 bis del Código Penal, cuyo inciso primero se reproduce en la norma del artículo 411 ter, tuvo la oportunidad de referirse a este tema, a pesar de no haber profundizado en demasía sobre el mismo. RODRÍGUEZ COLLAO, sin referirse puntualmente al delito en comento, sino que al de favorecimiento de la prostitución infantil del artículo 367 del Código Penal, señala que en estos delitos vinculados al ejercicio de la prostitución se “revela que la intención del legislador fue sancionar la inmoralidad que atribuye a la conducta de quien favorece el comercio sexual, aunque éste se realice en condiciones que carezcan de aptitud para lesionar los intereses de una persona en concreto”,⁴¹ opinión que cobra aún más relevancia a propósito de esta figura carente de circunstancias configuradoras de atentados contra la libertad. Por su parte,

⁴¹ RODRÍGUEZ COLLAO, Luis. *Delitos Sexuales*. Primera Edición. Santiago. Editorial Jurídica de Chile, 2004. 330 p.

POLITOFF, MATUS y RAMÍREZ, sin hacer las distinciones que ofrece el propio tipo penal del artículo 367 bis, señalan que a través de él “se tutela tanto la libertad ambulatoria (castigando el engaño de que se sirven los tratantes para mantener a sus víctimas privadas de libertad) y la seguridad personal como la libertad sexual”, opinión que podría referirse tan sólo a la figura calificada del inciso 2° de dicho artículo, pero que también es aplicable a aquella del inciso 1° que carece de circunstancias comisivas: “cabe destacar que en el caso de la trata de blancas simple, no es necesario que concurra ni la violencia ni la intimidación, y ni siquiera un engaño, circunstancias ambas que configuran agravantes del delito (...), pues la ley parece suponer que el hecho de trasladar a una persona a un país extranjero produce de por sí suficiente desamparo y riesgo para su seguridad, el que se encuentra aumentado por el propósito ulterior y reprochable del autor (prostituir a su víctima).”.⁴² Sin perjuicio de lo señalado, es dable destacar que estos últimos autores, junto con no señalar expresamente la presencia de criterios morales en la implementación del tipo penal, lo excluyen del catálogo tradicional de los delitos sexuales y lo consideran como uno más de los delitos contra la libertad ambulatoria y la seguridad individual.

La jurisprudencia también tuvo la oportunidad de referirse a esta temática. Las primeras sentencias de trata de personas en el marco del artículo 367 bis del Código Penal recién se dictaron el año 2006,⁴³ no obstante la modificación legal que introdujo este tipo penal data del año 1995. De toda la jurisprudencia dictada por los Tribunales Orales en materia de trata de personas, la única aprovechable desde un punto de vista doctrinario en relación al tema de los bienes jurídicos es la pronunciada por el Tribunal de Juicio Oral

⁴² POLITOFF, Sergio, MATUS, Jean Pierre, RAMÍREZ, María Cecilia. *Lecciones de Derecho Penal Chileno. Parte General*. Segunda Edición. Santiago. Editorial Jurídica de Chile, 2004. 611 p.

⁴³ La primera sentencia correspondió a un fallo condenatorio dictado por el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Iquique en causa RUC 0500018167-8, de 10 de octubre de 2006.

en lo Penal de San Antonio en causa RUC 0600062854-7 de fecha 2 de Abril de 2008, en donde, junto con hacer un breve análisis del tipo penal y de su origen, se adentra en el tema de los bienes jurídicos protegidos por el tipo penal del artículo 367 bis, expresando que a través de las conductas típicas se afecta tanto la libertad sexual como la indemnidad sexual de la víctima, señalando que en definitiva lo vulnerado es la dignidad de la persona, rechazando la pretensión absolutoria de la defensa basada en que los bienes jurídicos señalados son disponibles para la víctima y, en ese entendido, habiendo consentido ella tanto el traslado como el ejercicio de las actividades de comercio sexual, decae el elemento antijuridicidad del delito.⁴⁴ Esta opinión

⁴⁴ Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de San Antonio. Sentencia causa RUC 0600062854-7, por el delito de trata de personas, de fecha 2 de abril de 2008. En extenso, a propósito de este tema, la sentencia señala: “Por estas razones, desde ya se rechaza la pretensión de la Defensa en orden a dictar sentencia absolutoria, por no darse en la especie los supuestos de la norma antes citada, arguyendo que la figura simple se encontraría absorbida por las figuras agravadas del inciso segundo del artículo 367 bis del Código Penal, y que en el caso de las personas que consienten en salir del país voluntariamente a ejercer la prostitución en el extranjero, estas solo estarían haciendo uso de su libre albedrío, atendido que el bien jurídico supuestamente afectado por esta figura, sería la indemnidad sexual, que en el caso de los mayores de edad es disponible, por lo que la voluntad del sujeto excluiría la ilicitud del hecho. Cabe hacer presente, que de acuerdo al análisis antes efectuado, el tipo penal establecido en el inciso primero del artículo 367 bis del Ordenamiento Punitivo, es una figura penal independiente de las figuras agravadas del inciso segundo, por ello se le denomina como tipo penal “simple”, el cual, tal como antes se dijo, se trata de una figura, que aunque pueda ser criticable por su amplitud, constituye un tipo penal de peligro y de mera actividad, el cual se encuentra vigente, por lo que estos sentenciadores deben aplicar dicho precepto cuando sus supuestos se encuentren acreditados por la prueba de cargo rendida por el ente persecutor, tal como ocurrió en el juicio de marras. (...) cabe hacer presente que de acuerdo a lo señalado en el Informe de la Comisión de Constitución. Legislación y Justicia, contenida en el boletín 1324, al referirse a la moción parlamentaria, relativa al proyecto de modificación al Código Penal con el objeto de tipificar y sancionar el delito de trata de blancas, estableció que las ideas matrices o fundamentales del mismo eran “la situación, materia o problema específico existente y a cuya solución tiende esta iniciativa legal, es la de consagrar una norma que tipifique y sancione el acto de promover o facilitar la entrada o salida del país de personas con la finalidad de que estas ejerzan la prostitución”. (...) De estos antecedentes, se establece que efectivamente el tipo penal por el cual se formuló acusación, es una figura penal independiente de las figuras agravadas que se encuentran en el inciso 2º del artículo 367 bis del Código Penal, que el bien jurídico protegido no sólo es la afectación a la libertad sexual, sino que a la integridad sexual de la persona y en definitiva, a la dignidad de la misma, por lo que no se trata de tener una moral “de la edad media”, como señala la defensa en sus alegatos, sino que, de dar una debida protección a los bienes jurídicos antes indicados, haciendo especial énfasis en que el reproche no recae sobre la actividad que puedan desarrollar un grupo de personas que sale del país, personas que

del tribunal lamentablemente no profundiza en la clara distinción estructural que existe entre las figuras de ambos incisos del artículo 367 bis y en las consecuencias que de ello se deriva en materia de bienes jurídicos protegidos, limitándose con dar una opinión general que abarca a ambas formas de realización de la conducta con el fin de fundar la decisión condenatoria que finalmente adopta.

Lo cierto es que en la implementación de esta figura penal convergen tanto criterios morales como necesidades probatorias. Los primeros se evidencian claramente por el hecho de que la conducta de promover o favorecer el ingreso o salida del país con el objeto que la persona ejerza la prostitución necesariamente requiere de que la víctima consienta plenamente en el acto y que, además, aquella esté destinada simplemente a que esta última ejerza el comercio sexual o prostitución, sin que sea necesario acreditar que su destino sea alguna forma abusiva de explotación sexual. Todo ello supone necesariamente la ausencia de algún bien jurídico personalísimo, siendo esto consecuencia de una ponderación de intereses político criminales traducidos en la necesidad de otorgar al ente persecutor la posibilidad contar con un tipo penal residual para el evento de no poder acreditar las circunstancias comisivas del delito de trata de personas del artículo 411 quater. Esto, claro está, aplicable sólo en relación a la hipótesis de explotación sexual y no respecto de las demás formas de explotación.⁴⁵ Por lo tanto, teniendo

además son consideradas víctimas del delito, sino que sobre los individuos que ejecutan las labores de promoción y facilitación de la salida de dichos sujetos para ejercer la prostitución.”

⁴⁵ Biblioteca del Congreso Nacional de Chile. Historia de la Ley N° 20.507 Tipifica los delitos de tráfico ilícito de migrantes y trata de personas y establece normas para su prevención y más efectiva persecución criminal. Boletín 3778-18. Diario Oficial, 2011. 348p. En el segundo informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado constan las únicas opiniones a favor de la introducción de este artículo en el proyecto. El profesor señor Juan Domingo Acosta, encargado de su redacción junto a los representantes del Ministerio Público, señaló que esta conducta tradicionalmente se identifica con el “tráfico de blancas”, que el proyecto deroga en el N° 2) del artículo primero, la cual no vuelve a reponerse con claridad en las nuevas disposiciones penales que se proponen, aunque por la entidad del delito y la importancia que tiene su tipificación para la persecución del tráfico de personas, es importante

como marco un sistema penal basado en los principios liberales de un Estado social y democrático de Derecho, no es posible en este caso hablar propiamente de un bien jurídico protegido por el tipo penal.

3.1.2. Bien jurídico protegido en el delito de trata de personas del artículo 411 quater del Código Penal.

Debido a su reciente aparición, ni la doctrina ni la jurisprudencia chilena han tenido ocasión de pronunciarse acerca de los bienes jurídicos que pretende proteger el delito consagrado en el artículo 411 quater del Código Penal. Como se pudo apreciar en el apartado anterior, las opiniones tanto de la doctrina como de la jurisprudencia se basan en la configuración de la trata de personas como un ilícito vinculado a la prostitución, cuestión que, como ya se analizó, cambió ostensiblemente a partir de la modificación introducida por la Ley N° 20.5S07.

En consideración tanto a las formas de explotación contenidas en el tipo penal como a las circunstancias comisivas reveladoras de falta de voluntad o de una voluntad viciada por parte de la víctima, es dable sostener que se trataría éste de un delito pluriofensivo que ataca una gama considerable de bienes jurídicos: integridad física y psíquica, libertad y seguridad personal, libertad sexual, libertad ambulatoria, libertad de trabajo y honra de la persona. En una primera aproximación, por lo tanto, quedarían fuera de foco aquellos planteamientos que sostenían que detrás de la implementación del tipo penal de trata de personas del artículo 367 bis del Código Penal se consagraba la

que esta conducta esté precisamente sancionada. Los miembros de la Comisión, a su vez, participaron de la idea, considerando que las causales de agravación del tipo penal basal de tráfico ilícito de migrantes ya quedaron claramente establecidas en la disposición aprobada anteriormente, y que el nuevo artículo 411 ter acá propuesto, da una señal clara de repudio a una de las formas tradicionales de tráfico ilícito de migrantes, que es el delito de “trata de blancas”.

protección de bienes jurídicos de corte moral. En ese sentido GUZMÁN DÁLBORA, haciendo una revisión del panorama del derecho comparado en la materia, destaca, en relación con lo señalado, la importancia de delimitar el reproche de la trata de personas en bienes jurídicos individuales y no en conceptos morales, así como también el avance que significó en este orden la figura del artículo 3º del Protocolo de Palermo, norma que, tal como se señaló anteriormente, constituyó la base conceptual sobre la cual se erigió el tipo del artículo 411 quater: “El concepto gira en torno de comerciar con personas, como si de cosas u objetos se tratase, lo cual supone que quien las atrae o conduce obre contra o sin su voluntad (...). Todo aquello que no satisfaga esta pareja de requisitos queda al margen del tema y no puede ser “tratado como trata”; será acaso otra figura delictuosa, cuyo mérito habría que indagar al hilo de un criterio metodológico distinto, un bien jurídico diferente, supuesto que el Derecho en cuestión lo provea.”⁴⁶

Ahora bien, ahondando en el contenido de los objetos de tutela de este delito, es posible advertir primeramente, a partir de la regulación de ciertas circunstancias comisivas que atacan la voluntad de la víctima, que la libertad se erige como el bien jurídico de corte individual más importante en relación a esta figura. En términos generales, la libertad “constituye un bien individual, inherente consustancialmente a la personalidad humana, en cuanto facultad espiritual de decisión del hombre, sobre la realización o no de comportamiento humano y sobre la concreta dirección que al mismo quiera imprimir”,⁴⁷ pudiéndose dividir aquella en varios tipos determinados por las distintas esferas de actuación del hombre.⁴⁸ Pero este concepto de libertad nunca ha sido

⁴⁶ GUZMÁN DÁLBORA, José Luis. *La trata de personas y el problema de su bien jurídico*. Revista Procesal Penal, 62, Montevideo. 2007. 10 p.

⁴⁷ CARMONA SALGADO, C., GONZÁLEZ RUS, J. J., MORILLAS CUEVA, L., POLAINO NAVARRETE, M. *Manual de Derecho Penal (Parte Especial)*, Tomo I. Madrid. 1996.

⁴⁸ POLITOFF, Sergio, Matus, Jean Pierre, RAMÍREZ, María Cecilia. *Lecciones de Derecho Penal Chileno. Parte Especial*. Segunda Edición. Santiago. Editorial Jurídica de Chile, 2004. 661 p.

entendido aisladamente. Al lado de él la doctrina tradicionalmente ha ubicado el de seguridad individual, bien jurídico que aparece como presupuesto de la primera, como un valor generador de las condiciones básicas para su ejercicio.⁴⁹

Así, escindiendo el tipo penal del artículo 411 quater conforme a lo planteado en el capítulo anterior, podemos apreciar un primer momento en que se realizan los verbos rectores constitutivos esencialmente por las distintas fases del traslado de personas de un lugar a otro, comandados por ciertas formas de realización que afectan directamente a la voluntad de la víctima para consentir dicho traslado, sea que esta voluntad no exista (casos de violencia, intimidación y coacción), sea que esta voluntad se encuentre viciada (engaño, abuso de poder, aprovechamiento de una situación de vulnerabilidad o de dependencia de la víctima, y la concesión o recepción de pagos u otros beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad). En este momento consumativo claramente existe una vulneración a la libertad, tanto de autodeterminación como ambulatoria, ya que la persona trasladada de un lugar a otro, con su voluntad anulada a través del accionar coactivo o intimidatorio del hechor, o con su voluntad seriamente mermada por las falsas promesas o por el aprovechamiento de su condición desmejorada, no

Distinguen la libertad de autodeterminación, la libertad ambulatoria, la libertad en la esfera de la intimidad, la libertad de conciencia y culto, así como otras libertades consagradas en la Constitución.

⁴⁹ CARMONA SALGADO, C., GONZÁLEZ RUS, J. J., MORILLAS CUEVA, L., POLAINO NAVARRETE, M. *Manual de Derecho Penal (Parte Especial), Tomo I.* Madrid. 1996. A propósito del concepto "seguridad individual", se expone analíticamente su relación con la noción de libertad, señalándose que incorpora a ésta algunas dimensiones que alcanzan relevancia típica: a) el conjunto de situaciones fáctico-objetivas que determinan el presupuesto de la actuación individual, integrada por la incolumidad e intangibilidad de la persona, respecto a su decisión de conducta; b) el complejo de dimensiones psicológico-volitivas, conforme a la cual se manifiesta un sentimiento interno de tranquilidad, sosiego y serenidad, frente a situaciones o actitudes de riesgo personal.

está en condiciones reales de poder definir tanto su plan de vida como el lugar y las condiciones básicas para llevarlo adelante.

Un segundo momento relevante para este análisis es el vinculado a las hipótesis de explotación. Recordemos que, conforme a lo ya explicado en el capítulo anterior, aquellas se presentan como elementos subjetivos distintos del dolo, por lo que no es necesaria su verificación concreta para la consumación del delito. No obstante, esto no es obstáculo para hacer referencia a los bienes jurídicos que, real o potencialmente, son afectados en esa instancia. Aparecen aquí todos aquellos objetos de tutela ya referidos y que le dan con propiedad a este delito el rótulo de pluriofensivo: la explotación sexual claramente puede imponer exigencias tales que supongan un atentado a la libertad sexual de la víctima, tanto en su esfera positiva como en su esfera negativa;⁵⁰ los trabajos o servicios forzosos, la esclavitud y la servidumbre atacan aspectos más amplios de su libertad de autodeterminación, tales como la libertad de trabajo y la libertad ambulatoria, así como también su seguridad individual, siendo transversal a ambas esferas de explotación la vulneración de la integridad física y psíquica de la víctima y otros aspectos relacionados con su honra e integridad moral. Por último, a propósito de la hipótesis de extracción de órganos, claramente la integridad física del individuo asoma como el bien jurídico esencial tutelado por la norma.

⁵⁰ RODRÍGUEZ COLLAO, Luis. *Delitos Sexuales*. Primera Edición. Santiago. Editorial Jurídica de Chile, 2004. 330 p. Expone, conforme a las aportaciones de la doctrina, las dos dimensiones de la libertad sexual, una positiva o dinámica, que alude a la libre disposición por la persona de sus potencialidades sexuales, pudiendo ejercer libremente cualquier forma de comportamiento sexual, en las circunstancias y con la persona que desee, y otra negativa o estática, representada por el derecho de la persona a no verse involucrada, sin su consentimiento, por otro individuo en un contexto sexual.

3.1.3. La dignidad humana como bien jurídico protegido.

A partir de lo dicho respecto de los múltiples bienes jurídicos comprometidos en este ilícito, es dable preguntarse si a partir de dicha condición de particular pluriofensividad se abre la posibilidad de estar frente a una forma de afectación de la dignidad de la persona. En efecto, atendiendo a las ya referidas características propias del delito, vinculadas tanto a las formas de comisión del mismo como a la gravedad de sus hipótesis de explotación, y considerando además la entidad que tiene o puede llegar a tener la afectación de los bienes jurídicos particulares mencionados, junto con los efectos denigratorios e ignominiosos que se pueden producir en la víctima, surge de manera casi intuitiva la tentación de colocar a la dignidad humana como su objeto de tutela jurídica. Desde la perspectiva conceptual, no obstante ser una noción con contornos bastante difusos y respecto del cual se exponen frecuentemente definiciones de corte moral o religioso,⁵¹ secularmente supone un elemento basal constitutivo del ser humano, normativamente reconocido a nivel constitucional y que consiste en una condición especial que ostenta todo ser humano sólo por el hecho de serlo, distinguiéndose por ello de otras especies inferiores.

Pues bien, más allá de la situación particular de la trata de personas, han sido variadas las voces que se han manifestado en contra de considerar a la dignidad humana como un valor que pueda ser tutelado por el Derecho Penal. Un resumen de aquellas posturas es expresada por RODRÍGUEZ COLLAO:

⁵¹ En este sentido, basándose en la moral escolástica expuesta por Tomás de Aquino, MONTANO, Pedro J. *La dignidad humana como bien jurídico tutelado por el derecho penal*. En Revista de Derecho. Universidad de Montevideo, N° 79. Montevideo. 2003. 9 p. Particularmente señala que la dignidad humana “es la superioridad o elevación en la bondad y, a su vez, la interioridad o profundidad de semejante realeza. Es la suprema valía interior del sujeto que la ostenta. Es una independencia interior. Es aquella excelencia o encumbramiento correlativos a un tal grado de interioridad que permite al sujeto manifestarse como autónomo: que se apoya o sustenta a sí mismo. Es sinónimo de majestad y de realeza.”

“Es claro que la dignidad de la persona, desde un punto de vista conceptual, no puede ser reducida a la idea de derecho. (...) En tal virtud, mientras cualquier derecho es susceptible de ser lesionado hasta el punto de su total supresión (por ejemplo: privación de la vida o de la libertad), no existe, en realidad, procedimiento alguno que pueda privar a una persona de su dignidad. (...) En verdad, todos los delitos que atentan contra intereses individuales (...) importan también un ataque al valor de la dignidad humana, en cuanto privan al afectado de la posibilidad de ejercer la plenitud de las facultades de que está investido en su condición de ser humano.”⁵² Así también, GUZMÁN DÁLBORA argumenta en el mismo sentido: “la dignidad humana no es un bien jurídico (...) representa un error de bulto sostener que la trata de personas, las injurias, los actos de violencia en el medio doméstico y otras figuras lo hollarían (...) la equivocación proviene de confundir un atributo de la persona con aquellos elementos que posibilitan su conservación en el disfrute de la prerrogativa”.⁵³ Por su parte GRACIA MARTIN expone, en esta misma línea, una posición más reflexiva: “La dignidad humana no es ningún bien jurídico, sino un atributo de toda persona, por el mero hecho de serlo, que colma un principio de justicia de validez *a priori* (...) la dignidad humana es imponderable y, por lo tanto, no admite graduaciones materiales ni valorativas (...) es un atributo totalizador, una síntesis de la totalidad de dimensiones físicas y espirituales específicas de la persona humana, traducidas en el mundo jurídico en una diversidad de bienes jurídicos personalísimos diferenciados y de derechos personalísimos reconocidos constitucionalmente como fundamentales (...) todo bien jurídico de carácter personalísimo: vida, integridad física, salud personal, libertad, honor, etc., es reconducible finalmente a la dignidad de la persona.”⁵⁴

⁵² RODRÍGUEZ COLLAO, Luis. *Delitos Sexuales*. Primera Edición. Santiago. Editorial Jurídica de Chile, 2004. 330 p.

⁵³ GUZMÁN DÁLBORA, José Luis. *La trata de personas y el problema de su bien jurídico*. En *Revista Procesal Penal*, 62, Montevideo. 2007. 10 p.

⁵⁴ GRACIA MARTIN, Luis. *El delito y la falta de malos tratos en el Código Penal español de 1995*. En *Actualidad Penal*, 31, Madrid. 1996.

La posición absoluta que exponen los autores señalados ha sido matizada por otros en el sentido de entender que el concepto de dignidad humana, si bien no puede ser considerado sin más un bien jurídico a la par de aquellos con los que se ha trabajado clásicamente por parte de la política criminal y de la dogmática penal,⁵⁵ si estaría presente como objeto de tutela jurídica en algunos delitos determinados en que se producen efectos humillantes e ignominiosos para la víctima.⁵⁶ En este sentido se encuentra la postura de MORILLAS FERNÁNDEZ, quien, a propósito de los delitos vinculados a la pornografía infantil señala que “bien es cierto que la dignidad humana puede admitirse como bien jurídico en determinados delitos –verbigracia torturas y tratos inhumanos o degradantes, o cierto sector doctrinal en relación con el delito de violencia habitual en el ámbito doméstico- sin embargo posee un campo de aplicación demasiado extenso.”⁵⁷

Por otro lado, apoyando la postura al parecer minoritaria de considerar la dignidad humana como objeto de tutela en el derecho penal, ALONSO ÁLAMO, refiriéndose precisamente a esta problemática en relación al delito de trata de personas, señala que “son de destacar las palabras de Romeo Casabona quien, después de sostener que la dignidad humana puede ser lesionada a través de o en conexión con la agresión de los concretos derechos fundamentales, afirma que no toda lesión de los mismos implica necesariamente la lesión de la dignidad. De donde se deriva que la dignidad es

⁵⁵ Ambas esferas determinan la función crítica y la función sistemática del bien jurídico. En este sentido, POLITOFF, Sergio, MATUS, Jean Pierre, RAMÍREZ, María Cecilia. *Lecciones de Derecho Penal Chileno. Parte General*. Segunda Edición. Santiago. Editorial Jurídica de Chile, 2004. 611 p.

⁵⁶ Ejemplos de nuestro Código Penal pueden ser los delitos de tormentos y apremios ilegítimos del artículo 150 A, los delitos vinculados a la pornografía infantil de los artículos 366 quinquies y 374 bis, así como los delitos de calumnias e injurias de los artículos 412 y 416, respectivamente.

⁵⁷ MORILLAS FERNÁNDEZ, David. *Análisis dogmático y criminológico de los delitos de pornografía infantil*. Madrid. Editorial Dykinson, S.L., 2005. 515 p.

algo que está detrás e informa los citados derechos, pero “algo” distinto. Dicho “remanente” o “residuo”, ese “algo” singular y distinto, que paradójicamente constituiría la esencia misma de la persona, podría ser directamente atacado por acciones que comporten la cosificación, instrumentalización, envilecimiento o humillación de la persona.”⁵⁸

Las consecuencias de la discusión planteada por cierto sobrepasan el objeto de este trabajo. Sin embargo, podemos decir que, siguiendo a FERRAJOLI, un valor ostenta la calidad de bien jurídico en la medida que, en el marco de un sistema de derecho penal de corte liberal, tenga la capacidad real o potencial de ser efectivamente vulnerado. Al respecto el teórico italiano señala, refiriéndose a la problemática del derecho penal como instrumento de tutela, que “el principio de utilidad penal, tal como fue formulado por Grocio, Hobbes, Pufendorf, Thomasius, Beccaria y, más extensamente, por Bentham, es idóneo para justificar la limitación de la esfera de las prohibiciones penales – en coherencia con la función preventiva de la pena como *precautio laesionum*– sólo a las acciones reprobables por sus efectos lesivos para terceros (...) la ley penal tiene el deber de prevenir los más graves costes individuales y sociales representados por estos efectos lesivos y sólo ellos pueden justificar el coste de penas y prohibiciones (...) no se puede ni se debe pedir más al derecho penal.”⁵⁹ Así, a partir de lo señalado, la pregunta que surge de inmediato es si las conductas constitutivas de la trata de personas tienen la capacidad de afectar efectivamente la dignidad humana de la persona, entendida ésta normativamente como un atributo que la mayoría de las constituciones democráticas reconoce en todo ser humano. En la línea de FERRAJOLI, cuyas

⁵⁸ ALONSO ÁLAMO, Mercedes. *¿Protección penal de la dignidad? A propósito de los delitos relativos a la prostitución y la trata de personas para la explotación sexual*. En Revista Internacional de Derecho Penal Contemporáneo, N° 17. Bogotá, Legis Editores, 2006. 20 p.

⁵⁹ FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y Razón. Teoría del Garantismo penal*. Sexta Edición. Madrid. Editorial Trotta, 2004. 1019 p.

aportaciones apuntan también a que la mención a este tipo de valores “espiritualizados” sin concreción material exhibe más bien los ropajes de una protección de valores morales, y entendiendo que la dignidad humana corresponde precisamente a una categoría espiritual constitutiva e inalienable del hombre, mal podríamos concluir que un acto delictivo lo pone en peligro o lo destruye. Sí, en cambio, sería posible una vulneración efectiva o una puesta en peligro de condiciones de existencia que poseen una afirmación material y que podrían ser, ciertamente, consideradas como manifestaciones concretas de la dignidad humana. Sobre esta última, por ser una categoría inmaterial, son impensables afectaciones reales, susceptibles de ser cuantificadas o graduadas. En ese orden de ideas, si se sostiene que la dignidad humana es lo verdaderamente protegido por el delito de trata de personas, no sería posible realizar una categorización del tipo penal como delito de peligro o delito de daño; es más, siendo la dignidad una condición constitutiva del ser humano, jamás se podría entrar ni siquiera en la esfera del peligro.

Pero, por otro lado, desconocer en la trata de personas el influjo de la idea de dignidad humana sería un error. Si bien el objeto de tutela jurídica se refiere a aquellas condiciones concretas ya reseñadas, y que se vinculan tanto a la libertad como a la integridad física y psíquica de la víctima, la dignidad humana estuvo presente como idea subyacente en la elaboración de la Ley N° 20.507. El realizar una labor hermenéutica en pos de determinar cuál o cuáles son los bienes jurídicos del delito de trata de personas no puede desconocer la existencia de influjos político criminales que se encuentran al margen de ese trabajo. Podemos decir, por lo tanto, que la dignidad humana, como idea fuerza en el plano político criminal y que quizás fue el motor que le dio sentido a esta reforma del Código Penal, no se traspasó al plano de los objetos de tutela jurídica; en otras palabras, cumplió sólo una función crítica pero no sistemática, no pudiendo, entonces, junto con las otras razones expuestas,

erigirse como bien jurídico. Y el sentido de esa idea fuerza claramente se vincula a las expresiones reseñadas de ALONSO ÁLAMO en cuanto a que en este tipo penal hay un plus de injusto relacionado con la idea de cosificación del ser humano, con la abyecta intención de pretender comerciar con personas entendiendo que se trata de simples objetos. Pero la potencia de este planteamiento no se condice con lo objetivamente vulnerado por las conductas constitutivas de la trata de personas, cuestión a la que ya se hizo mención. Una apreciación fría, desprovista de condicionamientos éticos, nos muestra que la idea de cosificación del individuo más bien se encuentra en la psiquis del sujeto activo, en su disposición subjetiva hacia el hecho y hacia la víctima, por lo que erigir tal consideración al plano de los objetos de protección del tipo penal significaría rozar un derecho penal del pensamiento, alejándonos de los cánones de un derecho penal tributario de un Estado social y democrático de Derecho.

En términos más concretos, la dignidad humana se relaciona directamente con aspectos tanto normativos como fenomenológicos de la trata de personas. Además de la cosificación del ser humano latente en la mayoría de las finalidades de explotación de los tipos penales de los artículos 411 ter y 411 quater, la trata de personas marca fuertemente su injusto en el fenómeno del desarraigo. La explotación en sí, tal como ya se adelantó, ni siquiera es una conducta exigida en el tipo penal, sino que es presentada como una mera finalidad distinta del dolo, así como también la sola verificación de las hipótesis de explotación en un hecho concreto no supone la realización de este delito, sin perjuicio del encuadre de estas situaciones en otros tipos penales tradicionales. Por tanto, el hecho de trasladar de un lugar a otro a personas emerge como el elemento principal del delito, al punto que la conformación de los verbos rectores representa una secuencia de conductas que son propias de aquel fenómeno y que determinan su consumación, adelantándose la barrera

punitiva y transformando al delito en una figura de peligro, de mera actividad y de intención trascendente. En consecuencia, desde el punto de vista político criminal es dable concluir que para el legislador fueron absolutamente relevantes los efectos denigratorios de la persona vinculados al desarraigo.

Sin embargo, el desarrollo doctrinario en relación al desarraigo y su vinculación con la dignidad de la persona y los derechos humanos ha visto buenos frutos en el ámbito del Derecho Internacional de los refugiados y no tanto en el de la trata de personas, cuestión que en ningún caso ofrece obstáculos para aproximarnos al problema. En este plano, siguiendo al jurista brasileño y actual miembro de la Corte Internacional de Justicia, CANCADO TRINDADE,⁶⁰ podemos plantear el tema del desarraigo desde la perspectiva del derecho a permanecer en el propio hogar, vinculando éste con la problemática de derechos humanos que surge a propósito de la concreción de aquel. A este propósito, CANCADO, que en su texto hace referencia a toda la regulación jurídica internacional sobre la materia, señala que el derecho a permanecer “encuéntrese implícito en el derecho de salir del propio país y de retornar a él (...) incluye el derecho a la libertad de movimiento y residencia dentro del propio país”, vinculándose también “a otros derechos fundamentales porque, cuando las personas son forzadas a abandonar sus hogares toda una serie de derechos es amenazada, inclusive el derecho a la vida, libertad y seguridad de la persona, la no discriminación, el derecho a no ser sometido a tortura o tratamiento degradante, el derecho a la privacidad y a la vida familiar.”. Así, en esta misma línea, las condiciones de hecho en que se hace carne la vulneración a este denominado “derecho a permanecer” también son

⁶⁰ CANCADO, Antonio. *Reflexiones sobre el desarraigo como problema de Derechos Humanos frente a la conciencia jurídica internacional*. En *La nueva dimensión de las necesidades de protección del ser humano en el inicio del siglo XXI. Parte I*. Segunda Edición. Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados y Corte Interamericana de Derechos Humanos. San José, 2003. 53 p.

explicadas por el autor: “los migrantes (particularmente los indocumentados o ilegales) se encuentran frecuentemente en una situación de gran vulnerabilidad (mayor que la de los nacionales), ante el riesgo del empleo precario (en la llamada economía informal), el propio desempleo y la pobreza (también en el país receptor)” sumándose a esto “el choque o la distancia cultural” lo que sin duda agudiza la posición de debilidad frente a una sociedad que le es ajena y muchas veces hostil.

3.1.4. La perspectiva de la violencia de género en el ámbito de la prostitución y de la explotación sexual.

Una de las explicaciones que se sostiene para justificar la ilicitud del ejercicio de la prostitución y de todo cuanto derive de ella es el hecho que aquella supone un contexto de violencia hacia las mujeres, develándose con ello, además, un actuar esencialmente discriminatorio hacia ese género humano. En lo que a la trata de personas respecta, esto justificaría tanto la implementación como el tratamiento más laxo de ambas hipótesis de explotación, propuestas que se sustentan en el hecho evidente de que la gran mayoría de las personas que ejercen la prostitución, o que son explotadas sexualmente, son mujeres.

El concepto de “violencia de género” es relativamente reciente. Nace a la luz del reconocimiento internacional del fenómeno de la violencia en contra de la mujer, lo que se ha plasmado en una serie de instrumentos internacionales que surgieron a partir de la década de los noventa. Así, en la Declaración de Naciones Unidas sobre la eliminación de la violencia contra la mujer,⁶¹ del año

⁶¹ Otros importantes instrumentos internacionales de derechos humanos destinados a erradicar la discriminación y la violencia contra la mujer son los siguientes: Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, conocida como “La Carta

1993, se señala que aquella “constituye una manifestación de relaciones de poder históricamente desiguales entre el hombre y la mujer, que han conducido a la dominación de la mujer y a la discriminación en su contra por parte del hombre e impedido el adelanto pleno de la mujer”, siendo dicha violencia “uno de los mecanismos sociales fundamentales por los que se fuerza a la mujer a una situación de subordinación respecto del hombre”. Esta visión del problema, asumida así por la normativa internacional, y que ha calado hondo principalmente en el ámbito de lo que en nuestro país llamamos la violencia intrafamiliar, tiene como punto de partida la diferencia que existe culturalmente entre la posición que ocupa el hombre en la sociedad y la que ocupa la mujer en ella.

La catedrática de la Universidad de Granada, MAQUEDA ABREU, especialista en la materia, con el afán de aportar a la comprensión de este fenómeno normativo lo esboza claramente señalando que “la violencia contra las mujeres no es una cuestión biológica ni doméstica sino de género (...) se trata de una variable teórica esencial para comprender que no es la diferencia entre sexos la razón del antagonismo, que no nos hallamos ante una forma de violencia individual que se ejerce en el ámbito familiar o de pareja por quien ostenta una posición de superioridad física (hombre) sobre el sexo más débil (mujer), sino que es consecuencia de una discriminación intemporal que tiene su origen en una estructura social de naturaleza patriarcal (...) el género se constituye así en el resultado de un proceso de construcción social mediante el que se adjudican simbólicamente las expectativas y valores que cada cultura atribuye a sus varones y mujeres (...) fruto de ese aprendizaje cultural de signo machista, unos y otras exhiben los roles e identidades que le han sido

Magna de las Mujeres”, de la Asamblea General de Naciones Unidas (1979); el Protocolo Facultativo de la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, de la Asamblea General de Naciones Unidas (1999).

asignados bajo la etiqueta del género (...) de ahí la prepotencia de lo masculino y la subalternidad de lo femenino.”.⁶² Dicho de otra manera, si analizamos el tema desde un punto de vista histórico, la causa de la subordinación y la cosificación de la mujer no fue propiamente la violencia, “sino la organización social y el reparto de papeles; todo ello sancionado y reforzado por el derecho.”.⁶³

Este marco conceptual ha sido usado como referente para entender el plus de injusto que significa, en la trata de personas, elaborar conceptos más laxos referidos al comercio sexual. Se ha señalado que la trata de personas no es neutral en cuanto al género y que, además de los bienes jurídicos que se afectan en todas las formas de trata, en el plano de la trata con fines de explotación sexual aparece la discriminación de la mujer, la desigualdad en el acceso a derechos y oportunidades, y la consagración de relaciones desiguales de poder. En efecto, si se considera el rol de la mujer en la sociedad, sería posible advertir que ella se encuentra en una especial situación de vulnerabilidad en razón precisamente de esos roles que le son asignados y que se relacionan con la posición de proveedora de la familia, de principal sostenedora y responsable de los hijos, unido todo ello a la vivencia de un tipo de pobreza que es propia de su condición. En efecto, según cifras de la propia Organización de Naciones Unidas, en el mundo hay aproximadamente 4.000.000 de personas que son víctimas de trata de personas, de las cuales la mayoría son mujeres, niñas y niños.⁶⁴ Lo señalado ha llevado, en definitiva, a

⁶² MAQUEDA, María Luisa. *La violencia de género. Entre el concepto jurídico y la realidad social* (en línea). En Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología. RECPC 08-02 (2006). <http://criminet.ugr.es/recpc/08/recpc08-02.pdf>. (consulta: 6 de mayo de 2012)

⁶³ QUINTERO, Gonzalo. *Los intereses y bienes jurídicos concurrentes en la violencia de género y en la prostitución*. En Revista de Derecho de Extremadura. N° 3. 2008. 14 p.

⁶⁴ PROYECTO FOINTRA. *La Trata de personas: Una introducción a la problemática*. Programa de actualización para la lucha contra la trata de personas. Organización Internacional para las Migraciones. Buenos Aires, 2003. 10 p.

sostener la tesis de que la prostitución es el paradigma de la violencia de género, cuestión que sin duda, en los casos extremos, es imposible negar.⁶⁵

El planteamiento jurídico detrás de esta postura es aquel que sostiene que en el ámbito de la violencia de género se ofenderían dos órdenes de bienes jurídicos: los propios y personales de las víctimas, y aquellos relativos a la pertenencia de la mujer al género femenino, siendo éstos bienes jurídicos supraindividuales, en los que la mujer se convierte en un sujeto mediato pasivo. Ahora, en relación con la prostitución y la explotación sexual en general,⁶⁶ la situación se plantea en términos similares, pues en esas actividades concurriría la vulneración de los derechos de la mujer y la existencia misma de la prostitución como una lacra social. Así, en función de esta doble dimensión del bien jurídico, quedaría explicada la diferencia penal entre la agresión que sufre una mujer y la misma agresión cuando la víctima es un hombre, asentándose aquella diferencia especialmente en la desigualdad que es aprovechada por el varón a sus designios para someter a la mujer.⁶⁷

3.1.5. La trata de personas, ¿delito de lesión o delito de peligro?

El trabajo de calificación del delito de trata de personas desde la perspectiva propuesta por la doctrina en relación a la dicotomía entre delitos de daño y delitos de peligro ofrece ciertas dificultades provenientes de su compleja estructura. Pero, antes de adentrarnos en esta materia, conviene aclarar de entrada que aquella dicotomía a nuestro entender no está presente en la figura ya estudiada del artículo 411 ter, por cuanto, tal como se concluyó, no existe

⁶⁵ QUINTERO, Gonzalo. *Los intereses y bienes jurídicos concurrentes en la violencia de género y en la prostitución*. En Revista de Derecho de Extremadura. N° 3. 2008. 14 p.

⁶⁶ La expresión "explotación sexual" se usa aquí en su acepción amplia de aprovechamiento económico de una actividad.

⁶⁷ QUINTERO, Gonzalo. *Los intereses y bienes jurídicos concurrentes en la violencia de género y en la prostitución*. En Revista de Derecho de Extremadura. N° 3. 2008. 14 p.

bien jurídico personal alguno amparado por esta norma, siendo las únicas motivaciones del legislador para mantener esta figura –proveniente del inciso 1° del antiguo artículo 367 bis- algunas consideraciones vinculadas al otorgamiento de facilidades probatorias matizadas con criterios morales, todo lo cual deriva de la ausencia de las circunstancias comisivas reguladas en el artículo 411 quater y en la consideración de la prostitución como finalidad de los verbos rectores promover y facilitar.

En el delito de trata de personas del artículo 411 quater, en cambio, si es posible argüir la protección de valores legítimos a la luz de un derecho penal propio de un Estado social y democrático de Derecho, y si es posible, por lo tanto, la labor de adscribir a una u otra categoría la figura. Sin perjuicio de ello, lo señalado no supone un trabajo sencillo, puesto que, tal como se adelantó, nuestro tipo penal ofrece una estructura compleja, tributaria del Protocolo de Palermo y similar a la de la mayoría de los Estados que adecuaron sus respectivas figuras a dicha normativa internacional.

Para este cometido es necesario insistir en la distinción que ofrece el tipo penal entre verbos rectores, circunstancias comisivas e hipótesis de explotación. En efecto, tal como se analizó en el capítulo anterior, para entender que estamos frente a un delito consumado basta que se verifiquen los verbos rectores con las circunstancias comisivas correspondientes, lo cual ciertamente producirá una lesión concreta de bienes jurídicos tales como la libertad ambulatoria y la seguridad personal (amenazas, uso de fuerza u otras formas de coacción), sin perjuicio de otros delitos que se puedan configurar en virtud de ello, dándose lugar al correspondiente concurso. Se trata en este caso de un delito de lesión y, a la vez, de mera actividad por cuanto se “describe una conducta de por sí lesiva, donde su sola realización provoca el daño para el bien jurídico sin necesidad de que medie una consecuencia separada temporal

o espacialmente de aquella.”⁶⁸ Sin embargo, las hipótesis de explotación que contempla la norma no son requeridas para la consumación, por lo que respecto de los bienes jurídicos involucrados en ellas (libertad sexual, libertad laboral, vida e integridad física), habría sólo un peligro de lesión. Por tanto, es dable sostener primeramente que la figura de trata de personas del artículo 411 quater es un delito que ostenta ambas calidades, comportándose, al momento de su consumación, como un delito de daño o lesión en relación a los bienes jurídicos que se afectan con la concreción de sus circunstancias comisivas, siendo a la vez un delito de peligro en relación con los bienes jurídicos que se afectan a nivel de hipótesis de explotación.

Ahora bien, en lo que respecta a esta figura mirada como un delito de peligro, lo interesante es determinar el carácter de este peligro, pues, recordemos, existe la posibilidad de que la valoración del peligro tenga que ser realizada en términos concretos y efectivos por el tribunal, evento en el que estamos frente a los llamados delitos de peligro concreto, o bien que esa evaluación sea hecha *ex ante* por el propio legislador, sin necesidad de su verificación en los hechos, caso en que estamos frente a los llamados delitos de peligro abstracto. A propósito de esta disyuntiva, el aporte conceptual de ROXIN es destacable. Para él “los delitos de peligro concreto (...) requieren que en el caso concreto se haya producido un peligro real para un objeto protegido por el tipo respectivo”, señalando además que éstos “son delitos de resultado; es decir, se distinguen de los delitos de lesión (...) en lo esencial no por criterios de imputación divergentes, sino porque en lugar de un resultado lesivo aparece el resultado de peligro típico correspondiente. (...) Este peligro (...) ha de comprobarse por medio de una prognosis objetivo - posterior”, en tanto que

⁶⁸ MALDONADO, Francisco. *Reflexiones sobre las técnicas de tipificación de los llamados “Delitos de Peligro” en el moderno Derecho Penal*. En Revista de Estudios de Justicia, Universidad de Chile, N° 7. Santiago. 40 p.

“en los delitos de peligro abstracto (...) la peligrosidad típica de una acción es motivo para su penalización, sin que en el caso concreto se haga depender la punibilidad de la producción real de un peligro” por lo que “la evitación de concretos peligros y lesiones es sólo el motivo del legislador, sin que su concurrencia sea requisito del tipo.”⁶⁹

De acuerdo a la forma de configuración típica de la figura de trata de personas del artículo 411 quater, no puede sostenerse que exista un peligro próximo que deba comprobarse para entender consumada la conducta. Los ejemplos otorgados por la doctrina,⁷⁰ así como los existentes en el Código Penal,⁷¹ suponen una advertencia al tribunal en orden a establecer en los hechos la efectiva puesta en peligro; en la trata de personas, en cambio, no se requiere de una comprobación de proximidad entre la acción del sujeto activo y la realización de las hipótesis de explotación. Es más, esta última puede

⁶⁹ ROXIN, Claus. *Derecho Penal, Parte General. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*. Primera Edición. Madrid. Editorial Civitas, 1997. 1071 p. En el mismo sentido, BUSTOS, Juan, HORMAZÁBAL, Hernán. *Lecciones de Derecho Penal. Volumen II*. Primera Edición. Madrid. Editorial Trotta, 1999. 431 p.

⁷⁰ En ROXIN, Claus. *Derecho Penal, Parte General. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*. Primera Edición. Madrid. Editorial Civitas, 1997. 1071 p., se señala como ejemplo el parágrafo 315 c) del Código Penal alemán, que establece las conductas punibles vinculadas al tráfico rodado “en el que, además de las peligrosas formas de conducción allí descritas se requiere adicionalmente que de ese modo sean puestas en peligro la vida o la integridad de otro o cosas ajenas de considerable valor. Por su parte, en BUSTOS, Juan, HORMAZÁBAL, Hernán. *Lecciones de Derecho Penal, Volumen II*. Primera Edición. Madrid. Editorial Trotta, 1999. 431 p., se señala como ejemplo el artículo 341 del Código Penal español, que castiga al que “libere energía nuclear o elementos radiactivos que pongan en peligro la vida o la salud de las personas o sus bienes.”

⁷¹ Podemos mencionar dos ejemplos del Código Penal, vinculados a delitos contra la salud pública: el artículo 313 d): El que fabricare o a sabiendas expendiere a cualquier título sustancias medicinales deterioradas o adulteradas en su especie, cantidad, calidad o proporciones, de modo que sean peligrosas para la salud por su nocividad o por el menoscabo de sus propiedades curativas, será penado con presidio menor en sus grados medio a máximo y multa de seis a cincuenta unidades tributarias mensuales. Así también, el artículo 315: El que envenenare o infectare comestibles, aguas u otras bebidas destinados al consumo público, en términos de poder provocar la muerte o grave daño para la salud, y el que a sabiendas los vendiere o distribuyere, serán penados con presidio mayor en su grado mínimo y multa de veintiuna a cincuenta unidades tributarias mensuales.

significar, en los hechos, un eslabón que, conforme a la dinámica de los mismos, se va a verificar con bastante posterioridad, sin perjuicio de lo cual es factible entender la consumación de la conducta si la acción (vinculada al fenómeno de la captación y el traslado de personas de un lugar a otro) va acompañada de las circunstancias de realización que determinan la afectación de la libertad del sujeto pasivo y destinada finalmente a la obtención de réditos a través de la explotación de su trabajo (bajo las formas abusivas que señala la norma) o del ejercicio del comercio sexual.

Pero si se observa bien, el tipo penal no se satisface sólo con la realización de los verbos rectores, pues éstos requieren de un elemento subjetivo distinto del dolo conformado por las hipótesis de explotación. O sea, si bien no se necesita de un peligro próximo es indispensable dar cuenta de esta condición de la acción, la cual supone un plus que introduce un matiz en la calificación de la trata de personas como un delito de peligro abstracto. En relación a esto, MALDONADO sostiene que existen diversas maneras en que se presenta esta categoría, siendo una de ellas aquellos delitos que generan condiciones de peligro. Señala al respecto que “en algunas ocasiones el legislador establece figuras penales que tienen por objeto sancionar conductas en tanto su realización puede llegar a favorecer espacios propicios para la producción o desarrollo de riesgos. (...) Se incluyen en esta categoría –como tipos o clases de delitos con denominación doctrinal- una parte de los llamados delitos de intención y una parte de los delitos de preparación”.⁷² Los delitos de intención, también llamados delitos de intención trascendente,⁷³ conforme al aporte realizado por el autor, pueden configurarse “sobre la base de adicionar

⁷² MALDONADO, Francisco. *Reflexiones sobre las técnicas de tipificación de los llamados “Delitos de Peligro” en el moderno Derecho Penal*. En Revista de Estudios de Justicia, Universidad de Chile, N° 7. Santiago. 40 p.

⁷³ En este sentido, POLITOFF, Sergio, MATUS, Jean Pierre, RAMÍREZ, María Cecilia. *Lecciones de Derecho Penal Chileno. Parte General*. Segunda Edición. Santiago. Editorial Jurídica de Chile, 2004. 611 p.

la exigencia subjetiva (la intención) a conductas dolosas de por sí lesivas (por acción o por el resultado que desencadenan) o de peligro (como resultado o de peligrosidad)",⁷⁴ en cuyo caso el autor expresa que esa forma de construir el tipo penal no es objetable, en contraste con aquellos casos en que el peso de la lesividad se hace recaer exclusivamente en la intención trascendente, casos en que sólo se sancionaría esa intención exteriorizada en conductas inofensivas. Pues bien, en nuestro caso, tal como ya se analizó, la conducta típica (captar, trasladar, transportar, acoger) es lesiva en sí, al punto de permitir en ese estadio calificar el delito como de lesión, puesto que se requiere indefectiblemente que el verbo rector se realice anulando o afectando seriamente la voluntad de la víctima, quedando en suspenso, eso sí, la afectación de los bienes jurídicos involucrados en las hipótesis de explotación referidas en el tipo penal como meras intenciones al margen del dolo. Por lo tanto, ellas agregan peligrosidad a la conducta.

Pero, siguiendo al propio MALDONADO y a ROXIN, y sin perjuicio de lo señalado anteriormente, conforme a la definición de la categoría, es posible incluir el delito de trata de personas dentro de los llamados delitos de aptitud - también conocidos en doctrina como delitos de peligro abstracto-concreto, delitos de peligro hipotético o delitos de idoneidad-, pues no se trata propiamente de un delito en donde se sostenga una presunción de peligro por la sola realización de los verbos rectores, ni en donde sea necesario acreditar un peligro concreto a los bienes jurídicos involucrados en las hipótesis de explotación, sino que el hecho se torna peligroso en la medida que puedan acreditarse ciertas condiciones que en sí, sin necesidad de probanza ulterior, son aptas para lesionar el bien jurídico. Los delitos de aptitud son una categoría

⁷⁴ MALDONADO, Francisco. *Reflexiones sobre las técnicas de tipificación de los llamados "Delitos de Peligro" en el moderno Derecho Penal*. En Revista de Estudios de Justicia, Universidad de Chile, N° 7. Santiago. 40 p.

de los delitos de peligro abstracto, y los define ROXIN como aquellos en que “han de darse ciertos elementos de puesta en peligro no designados con más precisión en la ley”, y cuyos “elementos de aptitud han de ser determinados mediante interpretación judicial; pero ello no cambia el hecho de que se trata de delitos de peligro abstracto, pues no es preciso que se produzca un resultado de peligro concreto.”.⁷⁵ Y en esa misma línea MALDONADO sostiene que “de lo que se trata es de sancionar la ejecución de una conducta que en el caso concreto suponía para el actor, y para cualquiera en su lugar, una puesta en peligro para el bien jurídico, con independencia del resultado que derive de un juicio *ex post* y aun cuando se acredite que éste no concurría”, tratándose entonces de “formulaciones típicas en que se requiere la afirmación de la peligrosidad de la conducta en concreto, su idoneidad lesiva, sin que se exija que ella se haya expresado en una peligrosidad efectiva y real para el bien jurídico.”.⁷⁶ Así, en el caso de la trata de personas del artículo 411 quater, claramente esta aptitud o idoneidad lesiva se aloja en las finalidades de explotación, por cuanto ellas, junto con aportar a la ilicitud de los verbos rectores, afirman ciertamente un peligro de verificación de las condiciones de explotación reguladas en la norma, no siendo necesaria la verificación concreta de dicho peligro, bastando la acreditación de dicha aptitud, de dicha finalidad.

3.2. Visión crítica.

Gran parte de lo abordado en el punto anterior corresponde a la aproximación que tradicionalmente se realiza en relación a la determinación de

⁷⁵ ROXIN, Claus. *Derecho Penal, Parte General. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*. Primera Edición. Madrid. Editorial Civitas, 1997. 1071 p.

⁷⁶ MALDONADO, Francisco. *Reflexiones sobre las técnicas de tipificación de los llamados “Delitos de Peligro” en el moderno Derecho Penal*. En Revista de Estudios de Justicia, Universidad de Chile, N° 7. Santiago. 40 p.

los bienes jurídicos que subyacen en la protección de un tipo penal, esto es, la labor de establecer el o los objetos de tutela jurídica como corolario de un trabajo hermenéutico de aquellos, sin detenerse en el análisis de su legitimidad. La postura crítica que a partir de ahora se desarrolla tiene como punto de partida este trabajo, pero abordando la temática a través del cedazo que brinda el Estado social y democrático de Derecho, el cual obliga, tal como se adelantó en palabras de MIR PUIG y, por cierto, de la gran mayoría de la doctrina penal contemporánea, a “no ocuparse en respaldar mandatos puramente formales, valores puramente morales, ni intereses no fundamentales que no comprometen seriamente el funcionamiento del sistema social.”⁷⁷

Esta postura, que tiene su fundamento en los “condicionamientos que imponen las reglas y principios que definen esa estructura social” como por ejemplo “los principios de igualdad, justicia y dignidad de la persona, por señalar los más importantes”,⁷⁸ aparentemente ha gobernado la labor político criminal de selección de los bienes jurídicos de los delitos de trata de personas, tanto en el marco de la Ley N° 19.409 como en el de la Ley N° 20.507. Pero esta idea cobra importantes matices a la hora de enfrentarla con las bases mismas del sistema penal reformista que en el siglo XX sustentó el ya referido Estado social y democrático de Derecho. Por lo tanto, necesario es determinar si, en la construcción de estos tipos penales y en la pretensión del legislador de respetar este marco democrático proteccional del derecho penal, se fue lo suficientemente riguroso como para dejar fuera de él todo atisbo de valor moral, siendo este cuestionamiento extensible también a la labor de la

⁷⁷ MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal Parte General*. Séptima Edición. Buenos Aires - Montevideo. Editorial B de F, 2005. 781 p.

⁷⁸ BUSTOS, Juan, HORMAZÁBAL, Hernán. *Nuevo Sistema de Derecho Penal*. Madrid. Editorial Trotta, 2004. 141 p.

comunidad internacional en la elaboración de los instrumentos internacionales relacionados con la trata de personas y a los que ya se hizo mención.

Lo dicho ha sido objeto de un profundo tratamiento a propósito de la regulación de los delitos sexuales, los que, teniendo en su seno una alta carga normativa, han sido un campo de crítica en relación a los intereses anexos protegidos al lado de la libertad e indemnidad sexuales. Esta vinculación con los delitos sexuales no es arbitraria. En efecto, el legislador nacional incluyó la figura de “trata de blancas” dentro del Título VII del Libro II del Código Penal, que regula los crímenes y simples delitos contra el orden de las familias, la moralidad pública y la integridad sexual,⁷⁹ compartiendo con ello los mismos fundamentos protectores de delitos tales como la violación, el abuso sexual y el estupro.

En Chile, y, por qué no decirlo, en el grueso de la doctrina penal occidental, esta visión crítica no ha gozado de una atención profusa, salvo destacadas excepciones. Quien inauguró en nuestro país este menudo derrotero fue GUZMÁN DÁLBORA, quien, a propósito del delito que contemplaba el artículo 367 bis del Código Penal, junto con referirse a los objetos de protección en los casos de trata de personas calificada del inciso 2° de dicho artículo, se preocupó por develar lo realmente protegido en la figura simple del inciso 1°. Parte por intentar sincerar las ventajas de índole procesal que para el ente persecutor tiene esta figura al señalar que “la trata consentida de mayores sirve, en verdad, como efugio para escamotear las exigencias de prueba en los juicios, puesto que el ministerio público se ahorra la necesidad de establecer el doblegamiento de la voluntad de la víctima y puede confiar en una condena con elementos de no compleja demostración, el viaje al extranjero y su propósito

⁷⁹ En el año 1995, época en que se dictó la Ley N° 19.407, el nombre del título era “crímenes y simples delitos contra el orden de las familias y contra la moralidad pública”. La referencia a la “integridad sexual” se introdujo con la Ley N° 19.927 de 2004.

lúbrico.”.⁸⁰ Luego de adherirse a la postura contraria a la aceptación de la dignidad humana como bien jurídico protegido, remata su argumentación con la necesaria conclusión de que en este caso estamos frente a la consagración de criterios morales escondidos detrás de los ropajes del bien jurídico: “lo peligroso de este camino queda de manifiesto en la asunción de términos inasibles como si designaran bienes jurídicos –piénsese tan sólo en la llamada “integridad moral”-, pero también en la hodierna tendencia legislativa, que el proceder que criticamos no hace sino robustecer con un dudoso soporte especulativo, de describir delitos desprovistos de un preciso objeto de protección y que, en una mirada más atenta, revelan arrestos moralizantes.”

El profesor chileno BASCUÑÁN RODRÍGUEZ,⁸¹ en su artículo *Problemas básicos de los delitos sexuales*, escrito a propósito de la tramitación del proyecto de ley que modificó sustancialmente el Código Penal en materia de delitos sexuales el año 1999,⁸² advirtió acerca de la mantención de criterios morales en el resultado legislativo final de dicho proyecto, no obstante la evidente evolución que significó dicha normativa respecto de la estructura de los tipos penales atingentes. BASCUÑÁN parte su exposición crítica mostrando, en un análisis histórico que se inicia en la Baja Edad Media, los llamados “modelos de sistematización en la regulación de los delitos vinculados al ámbito

⁸⁰ GUZMÁN DÁLBORA, José Luis. *La trata de personas y el problema de su bien jurídico*. En Revista Procesal Penal, 62, Montevideo. 2007. 10 p.

⁸¹ BASCUÑÁN, Antonio. *Problemas básicos de los delitos sexuales*. En Revista de Derecho de la Universidad Austral de Chile, número especial. 1997. 23 p.

⁸² Ley N° 19.617, que modifica el Código Penal, el Código de Procedimiento Penal y otros cuerpos legales en materia de violación, publicada el 12 de julio de 1999. En lo que se refiere a la configuración de los tipos penales, esta ley significó la modificación de las estructuras típicas de los delitos de violación y abuso sexual, modernizando lo referente a los verbos rectores de cada cual, eliminando ciertas referencias normativas anacrónicas (abuso deshonesto), no haciendo distinción de sexo en cuanto al sujeto pasivo de los delitos, creando nuevas conductas punibles en relación con la ejecución de conductas sexuales sin contacto corporal y elevando las penas de los delitos sexuales en general.

de la sexualidad”,⁸³ identificando cuatro modelos que, sucesivamente, han marcado y le han dado un sentido a la regulación de los delitos sexuales en Occidente.

El primer modelo es el de la teología moral escolástica, cuyos postulados provienen esencialmente del pensamiento preponderante de la Iglesia Católica de la baja Edad Media, el cual se basaba en “una profunda asimilación entre el orden moral y el orden jurídico, y en el predominio de una fundamentación del castigo basada en la inmoralidad intrínseca de los actos que se consideraban expresivos de una sexualidad desordenada.”.⁸⁴ Las premisas básicas de este modelo, siguiendo esta visión general, correspondían a una dialéctica entre el antisensualismo y el naturalismo. A propósito de estos conceptos BASCUÑÁN señala: “El principio antisensualista tiende a la represión de la sexualidad, en tanto pasión. El principio naturalista, en cambio, tiende a su legitimación, en tanto inclinación dirigida a la conservación de la especie. La síntesis de ambos extremos, consumada en la teoría de Tomás de Aquino, encuentra en punto de convergencia en la tesis de la legitimidad -y el valor-, de la actividad sexual en tanto su realización tenga lugar de modo conforme a lo "ordenadamente natural". Por "natural" debemos entender la actividad sexual orientada a la reproducción. Por "orden" debemos entender el marco de la unión permanente y exclusiva entre un hombre y una mujer.”. En este marco ideológico, en donde la sexualidad tiene como único fin la procreación y en donde el único marco lícito para su desarrollo es el matrimonio heterosexual y monogámico, es muy fácil incurrir en infracciones,⁸⁵ las que por cierto son

⁸³ Referencia a estos modelos de sistematización también en RODRÍGUEZ COLLAO, Luis. *Delitos Sexuales*. Primera Edición. Santiago. Editorial Jurídica de Chile, 2004. 330 p.

⁸⁴ RODRÍGUEZ COLLAO, Luis. *Delitos Sexuales*. Primera Edición. Santiago. Editorial Jurídica de Chile, 2004. 330 p.

⁸⁵ Se distinguían las infracciones que implicaban actos ilícitos no obstante tratarse de coitos vaginales heterosexuales, entre las cuales se incluían la fornicación, el adulterio, el incesto, el estupro y el rapto, y aquellas infracciones aún más graves que consistían en vicios contra

concebidas como ataques a este orden de cosas y no como vulneraciones a aspectos de la personalidad del sujeto con que se relaciona el infractor. Ahora, la importancia de este modelo es que, tal como lo señala RODRÍGUEZ COLLAO, “la mayor parte de las figuras que actualmente integran los catálogos de delitos sexuales quedó delineada, en sus trazos más generales, en el período que ahora comentamos”.⁸⁶

Con la Ilustración, que surge a partir del siglo XVIII, aparece un modelo de sistematización que, en palabras del propio BASCUÑÁN, “rompe con la idea de un derecho natural fundamentado en consideraciones cosmológicas” pues “el lugar del orden de las inclinaciones naturales como principio regulativo pasa a ser ocupado por la idea del asentimiento universal de interlocutores que se reconocen entre sí como agentes igualmente racionales, interesados en conservar el máximo grado de libertad compatible con su seguridad.”⁸⁷ En este periodo el derecho penal sexual se va moldeando en base a la protección de los llamados derechos subjetivos, lográndose con ello, si bien no una eliminación absoluta de las infracciones basadas esencialmente en un determinado orden moral, un cambio de eje en la justificación punitiva de muchas conductas ilícitas.

Así, luego de pasar por el modelo de la Codificación, tributario del fenómeno de restauración decimonónica y contrarrevolucionario, que hizo emerger en el derecho penal continental los textos jurídicos codificados, entre ellos, nuestro Código Penal de 1875, y en que básicamente renacen los sesgos de moralidad relegando los principios reguladores ilustrados a un segundo

natura, esto es, actividad de tipo sexual fuera del coito vaginal heterosexual (la sodomía, el bestialismo y la masturbación).

⁸⁶ RODRÍGUEZ COLLAO, Luis. *Delitos Sexuales*. Primera Edición. Santiago. Editorial Jurídica de Chile, 2004. 330 p.

⁸⁷ BASCUÑÁN, Antonio. *Problemas básicos de los delitos sexuales*. En Revista de Derecho de la Universidad Austral de Chile, número especial. 1997. 23 p.

plano, surge, en los años posteriores al final de la Segunda Guerra Mundial, la respuesta a éste bajo el rótulo de modelo reformista, el cual prescribe que, en el seno de la regulación vinculada al ámbito del derecho penal sexual, “toda norma que sancione una conducta no constitutiva de abuso debe ser, o bien derogada, o bien transformada en una clase o especie de abuso”,⁸⁸ revelándose la intención de este modelo de extirpar del derecho penal toda regulación que tienda a la protección de algo distinto a un bien jurídico y que se sustente en reglas moralizantes.

Este derrotero descrito ofrece la oportunidad de comprender, además de su estructura y contenidos, los criterios utilizados por la política criminal para la construcción de los tipos penales vinculados a la sexualidad contemplados tanto en nuestro ordenamiento jurídico como en el de la mayoría de los países occidentales. Así, deteniéndonos en el primer punto, se señala que el reformismo penal, no obstante su pretensión desmoralizante, mantuvo en su esencia la manera en que se configuraban los hechos ilícitos atingentes, pues existe un problema estructural en los delitos sexuales referido a la definición del verbo rector o núcleo del tipo penal, el que se sustenta en un principio de tipificación basado en la descripción de una acción sexual. Así, por ejemplo, tanto el tipo de violación como el de abuso sexual contienen, en la regulación de sus respectivos verbos rectores, la descripción de un acto lujurioso como concepto central de la regulación.⁸⁹ Esto supone dejar fuera del núcleo ilícito a

⁸⁸ BASCUÑÁN, Antonio. *Problemas básicos de los delitos sexuales*. En Revista de Derecho de la Universidad Austral de Chile, número especial. 1997. 23 p.

⁸⁹ BASCUÑÁN, Antonio. *Problemas básicos de los delitos sexuales*. En Revista de Derecho de la Universidad Austral de Chile, número especial. 1997. 23 p. En lo pertinente señala: “El primer problema de implementación que presenta el reformismo es el de la definición del verbo rector o núcleo del tipo delictivo. La regulación de la Codificación pone el acento en la realización de una acción sexual. El caso paradigmático en el Código Penal chileno es el de la acción de yacer, que el proyecto de ley actualmente en tramitación sustituye por la acción de acceder carnalmente (manteniendo el principio de tipificación basado en la descripción de una acción sexual). Esto es consistente con la identificación del acto lujurioso como concepto central de la regulación. En el contexto del reformismo, en cambio, puesto que -como se ha visto- el elemento central de lo ilícito es el abuso, el verbo rector no puede ser el que contiene la

la situación abusiva y/o coercitiva, centrándose el legislador en la calidad del acto antes que en la agresión o abuso que hay detrás de todo delito que importe, respecto de la víctima, un involucramiento en un contexto sexual constreñido o indebido. Se trataría, señala el autor citado, de un problema de implementación del sistema reformista, el cual, dentro del contexto de modificación sustancial a los cánones jurídico penales de post guerra, concibió el ataque a bienes jurídicos individuales como el único fundamento de la reacción penal. En lo que respecta al ámbito de los delitos sexuales, el autor señala que “para la configuración de las distintas hipótesis delictivas pasa a tener prioridad sistemática la consideración del medio de ataque por sobre el objeto de la acción”, expresando seguidamente con razón que “para el modelo

descripción de la acción sexual, sino el que describe el acto de agresión o abuso. Así, nuestra actual violación violenta (Art. 361 N° 1) resulta correctamente definida sólo cuando se la describe como la acción de "constreñir mediante violencia a una mujer a tolerar que un hombre yazga con ella". Quien sea el que yace con ella es algo irrelevante, cuando la razón de la incriminación es el acto de coerción. (...) Esta consecuencia lleva a resultados desconcertantes. Por ejemplo, si un voyeurista constriñe mediante amenazas a dos personas a mantener relaciones sexuales en su presencia, conforme a la redefinición de la conducta típica dicho caso debería ser sancionado como concurso ideal entre violación (en contra de la mujer) y abuso sexual (en contra del hombre). Esto es desconcertante, porque el *voyeurista*, sin tener contacto sexual con persona alguna, es sancionado por la comisión de dos atentados sexuales. Por cierto, el desconcierto no es en sí mismo una objeción concluyente: si las consecuencias lógicas de los principios asumidos como correctos nos parecen contraintuitivos, también puede ser que debamos cambiar las bases de nuestras intuiciones (nuestros hábitos lingüísticos o categorías mentales). Además el reformismo puede replicar a la Codificación que aún más contraintuitivo resulta que el caso en cuestión resulte excluido del sistema de los delitos sexuales, ya que desde el punto de vista de la víctima -en este caso, "las víctimas"- hay un atentado coercitivo con una clara significación sexual' (...) Más importante es el hecho que esta consecuencia del principio de regulación esgrimido por el reformismo abre las puertas a una gran cantidad de problemas relacionados con la distinción entre autoría y participación en la comisión del delito. En efecto, no deja de existir intuitivamente una diferencia apreciable de disvalor entre la conducta de quien pone el cuchillo en el cuello de la víctima para que otro acceda carnalmente a ella y la de quien convence a un débil mental o a un niño para que acceda a los requerimientos sexuales de otro. Esta diferencia obedece fundamentalmente a que el ejercicio de la coerción en coordinación funcional con quien realiza el acto sexual supone un grado de control de los hechos constitutivos de delito incomparablemente mayor que la persuasión del incapaz o del menor. Si queremos hacer justicia a estas diferencias, que parecieran situarse en la base de nuestra comprensión de la autoría y la complicidad como formas de participación categorialmente distinguibles, tendremos que concluir que una adecuada tipificación de los abusos sexuales requiere usar principios de tipificación distintos. En algunos casos el núcleo de la acción deberá seguir siendo de significación sexual, a pesar que en los casos paradigmáticos de atentado a la libertad no lo sea más. El reformismo trae pues consigo un grado considerable de aumento de la complejidad de la regulación.”.

escolástico, lo crucial era obviamente la naturaleza de la acción sexual realizada (...) para el reformismo, en cambio, (...) lo esencial es la modalidad de abuso empleada, ya que ella determina las características del atentado contra la esfera de autonomía del otro.”⁹⁰

Esta criticable estructura de los delitos sexuales condiciona en definitiva la discusión acerca de la significación sexual del acto, ya que ésta se refiere a un elemento del verbo rector que en términos generales no hace alusión al verdadero contenido ilícito de la conducta. Visto así, por ejemplo, en el caso del delito de abuso sexual del artículo 366 ter del Código Penal, el “acto de significación sexual y relevancia” es en sí inocuo desde el punto de vista penal, adquiriendo esta trascendencia sólo cuando se trate de un actuar abusivo o compelido, salvo en los casos de menores de 14 años, en que el actuar abusivo se entiende incorporado en esa misma conducta. Por ello, dicha discusión se centra en aspectos no pertenecientes a lo propiamente ilícito, sino que en aspectos fenomenológicos que sobrepasan lo penal-normativo.

En el plano de la trata de personas el tema es un poco más complejo. En la figura del artículo 411 quater la estructura de los verbos rectores se sitúa fuera del ámbito de la sexualidad y, además, se complementan aquellos con circunstancias comisivas que revelan un actuar abusivo. De cierta forma, esta manera de construir el tipo penal satisface el deseo reformista de extraer del núcleo de la conducta punible todo atisbo de moralidad. En el caso de la figura del artículo 411 ter la estructura del verbo rector es distinta a la anterior – favorecer o facilitar la entrada o salida del país de personas-, y aunque sólo se colma con elementos descriptivos sin hacer mención a situaciones de abuso, comparte con el delito de trata del artículo 411 quater la ausencia de los

⁹⁰ BASCUÑÁN, Antonio. *Problemas básicos de los delitos sexuales*. En Revista de Derecho de la Universidad Austral de Chile, número especial. 1997. 23 p.

señalados elementos moralizantes. Estos últimos, sin embargo, aparecen en el plano de las hipótesis de explotación vinculadas a la sexualidad, pudiéndose describir la siguiente dicotomía: a) cuando estamos frente a las figuras de trata de personas relativas a la explotación laboral, el legislador establece una doble exigencia de abuso, sin que existan en este plano referencias a criterios moralizantes, señalándose circunstancias comisivas que revelan un actuar abusivo y que acompañan indefectiblemente a los verbos rectores principales, volviendo a aparecer este elemento de abuso en relación a las hipótesis de explotación, pues se circunscribe ésta a limitaciones de libertad extremas a las que pueden ser sometidas las víctimas con el objeto de que presten servicios o realicen trabajos, y b) cuando estamos frente a las figuras de trata de personas relativas a la explotación sexual, si bien en el plano de los verbos rectores la situación es igual que en el caso anterior, al margen de la figura del artículo 411 ter, en que se prescinde totalmente del elemento abuso, las hipótesis de explotación se presentan bastante temperadas en cuanto a la realización de un verdadero abuso, regulándose incluso una hipótesis en que aquel desaparece por completo; en estos casos, en fin, la exigencia de abuso está sólo presente a nivel de verbos rectores, con la salvedad ya realizada, reemplazándose este elemento por criterios de orden moral en el plano de la finalidad de explotación.

Lo señalado en relación a cómo estos criterios moralizantes terminaron por definir esta estructura de los delitos de trata de personas en nuestro ordenamiento jurídico se comprenderá cabalmente al profundizarse respecto del contenido de cada una de las hipótesis de explotación reguladas en los correspondientes tipos penales, cuestión que se desarrollará en el siguiente capítulo.

CAPÍTULO 4
ANÁLISIS ESPECÍFICO DE LAS HIPÓTESIS DE EXPLOTACIÓN EN LOS TIPOS
PENALES DE TRATA DE PERSONAS DE LOS ARTÍCULOS 411 TER Y 411
QUATER DEL CÓDIGO PENAL

El desarrollo de las hipótesis de explotación en los delitos de trata de personas de los artículos 411 ter y 411 quater, con el objeto de hacer frente a los problemas de asistematicidad presentes en éstos, se explica en función de la definición del marco teórico esbozado en el capítulo anterior. Y es que este tipo de problemas sin duda pueden potencialmente aparecer en otros ámbitos relacionados con estos delitos, sin embargo, es este el espacio en que se produce una diferencia palmaria en el tratamiento inexplicable entre elementos del tipo penal desprovistos de valoraciones éticas y aquellos que la revelan en su simple lectura.

A propósito de lo dicho se puede señalar que esta diferenciación de las hipótesis de explotación no se relaciona con la dicotomía existente entre los elementos descriptivos y los elementos normativos del tipo penal, ya que, dejando fuera la hipótesis de extracción de órganos, tanto en las finalidades vinculadas a la explotación sexual como en aquellas ligadas a la explotación laboral, estamos en presencia de elementos en que es necesario un trabajo de valoración de la realidad por parte del tribunal. Así, los conceptos de prostitución, el propio de explotación sexual, el de trabajos forzosos, el de servidumbre, el de esclavitud y el de prácticas análogas a esta última, se adscriben dentro de lo que la doctrina llama los elementos normativos del tipo

penal,⁹¹ cuestión que explicaría las dificultades mostradas por la exigua doctrina que ha intentado llenar de contenido a estas nociones.

No obstante, una mirada a lo que se ha escrito en relación a lo que significa cada uno de estos conceptos ciertamente nos entregará luces acerca del objetivo de este trabajo. Se analizará, por lo tanto, cada una de las hipótesis de explotación reguladas en los artículos 411 bis y 411 quater del Código Penal, contextualizando cada una de ellas con el objeto de ir adelantando las que van a ser nuestras conclusiones.

4.1. Prostitución.

Es el delito contemplado en el artículo 411 ter el que contempla esta hipótesis de explotación. Este artículo, que es tributario del antiguo artículo 367 bis, claramente supuso la sobrevivencia de un tipo penal a todas luces ilegítimo desde la perspectiva del principio de lesividad, lo que se refuerza con el establecimiento de la prostitución como su finalidad de explotación.

Los intentos por dibujar conceptualmente los moldes de esta actividad se pierden en la historia. Coincidentemente o no, se puede ver que el desarrollo a nivel mundial del concepto de trata de personas se vinculó estrechamente a la prostitución, al punto que en un principio se señalaba ésta como su única finalidad ilícita. Ahora, sea que se haya vinculado ésta al derecho penal o a otra rama del derecho, quienes han procurado la tarea de definir el concepto lo han hecho asumiendo cierta perspectiva valórica ciertamente influenciada por los

⁹¹ En este sentido, CURY, Enrique. *Derecho Penal. Parte General*. Séptima Edición. Santiago. Ediciones Universidad Católica de Chile, 2005. 812 p., y MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal Parte General*. Séptima Edición. Buenos Aires - Montevideo. Editorial B de F, 2005. 781 p.

cánones establecidos culturalmente para dicha actividad. Sin embargo, el acercamiento conceptual comandado sólo desde el derecho penal implica un sesgo imposible de tolerar en este trabajo, pues ello supone, sea cual sea la perspectiva que se asuma, aceptar de entrada que el ejercicio de esta actividad necesariamente se asocia a ámbitos vinculados con la criminalidad.

La palabra prostitución, desde un punto de vista etimológico, no contiene expresamente un juicio moral negativo; proviene del latín *prostituere*, palabra compuesta por el prefijo *pro*, que significa “delante”, y por la expresión *statuere*, que significa “estacionado”, “parado” o “colocado”, por lo que el vocablo se puede traducir finalmente como algo que está colocado adelante, a la vista, dando cuenta de aquellas mujeres esclavas que, para poder ser vendidas, eran puestas por sus amos en la primera fila, delante de los otros esclavos. Por su parte, una conceptualización moderna y extrajurídica de la prostitución entrega, por cierto, el Diccionario de la Real Academia Española, el cual la define como la “actividad a la que se dedica quien mantiene relaciones sexuales con otras personas, a cambio de dinero”,⁹² dando cuenta, por un lado, de los elementos esenciales de esta actividad –realización de actividades de índole o significación sexual a cambio de un precio- pero introduciendo también rasgos de habitualidad o profesionalización respecto de la persona que ejerce dicha actividad.

En el plano jurídico – incluyendo evidentemente el del derecho penal- la conceptualización de la prostitución ha estado marcada por la perspectiva valórica asumida por Occidente a propósito de ella. En relación a esto los ordenamientos jurídicos han elaborado distintos sistemas para hacer frente al fenómeno de la prostitución, pero siempre entendiendo que se trata de un

⁹² REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. *Diccionario de la Lengua Española*. Vigésimo segunda Edición. (en línea). <http://www.rae.es/>. (consulta: 6 de mayo de 2012)

problema social necesitado de una intervención pública. Así, históricamente se han presentado tres sistemas regulatorios relativos a la prostitución: el reglamentarismo, el prohibicionismo y el abolicionismo. En Europa y en el mundo occidental no existe una sucesión cronológica y ordenada en relación a la aplicación de cada uno de estos sistemas, sino que éstos se van adoptando en los distintos países conforme a circunstancias sociales y valóricas de cada Estado.⁹³

En el sistema prohibicionista la intervención frente a la prostitución es represiva, centrándose en la punición de la persona que la ejerce, calificando su ejercicio como un acto delictivo. Este modelo, aunque vigente en algunas zonas –ciertos estados de Norteamérica y la mayoría de los países de Europa del este- representa hoy una opción superada, no aplicada en nuestro país y por ello desprovista de interés para este trabajo. En cambio, el modelo de la reglamentación se caracteriza por la ordenación del mercado de la prostitución, creándose espacios de tolerancia respecto de ella, y por el sometimiento de las personas que la ejercen a un control por parte de la autoridad, deviniendo en ilegal todo lo que esté fuera de los términos de la reglamentación. En fin, el modelo abolicionista es aquel en que las personas que ejercen la prostitución no pueden ser condenadas ni sometidas a detención o sanción, ni a control administrativo por el ejercicio de la prostitución, centrándose el reproche penal exclusivamente sobre los que promueven o explotan la prostitución de otra persona, con independencia de que medie o no el consentimiento de la persona prostituida. Lo relevante de este modelo es que en el marco de sus postulados se ha desarrollado todo el derrotero de instrumentos internacionales referidos a la trata de personas vinculada a la explotación sexual, en los que la

⁹³ Una explicación más exhaustiva de los sistemas regulatorios de la prostitución en: GUEREÑA, Jean-Louis. *La prostitución en la España contemporánea*. Madrid: Marcial Pons. Ediciones de Historia. SA, 2003. 37 p.

persona dedicada al ejercicio de la prostitución es considerada una víctima de los explotadores o proxenetas.

Es fácil advertir que el modelo seguido por nuestro Código Penal, desde su dictación, ha sido el modelo abolicionista. Tanto la figura del artículo 367, hoy llamada favorecimiento de la prostitución infantil, como la derogada del artículo 367 bis, implementada en el año 1995, se han construido sobre la base de la imputación penal dirigida a aquel que promociona o facilita el ejercicio de la prostitución de la víctima, quedando relegado el interés por esta actividad en normas de policía contenidas en el Código Sanitario.⁹⁴ Pero más importante aún para efectos de nuestro trabajo, el desarrollo del concepto de prostitución, tanto en Chile como en el derecho comparado, ha estado marcado por este modelo y, consecuentemente, por el periplo de instrumentos internacionales seguido en el mundo occidental en relación al delito de trata de personas. Sin embargo, al pasar revista por algunas propuestas conceptuales de la voz “prostitución”, supuestamente adheridas a una concepción que entiende que la persona que la ejerce es víctima de otras personas que la involucran en el comercio sexual, no deja de llamar la atención la consideración de elementos morales para su definición. Además, las definiciones que regularmente se proponen tienen como eje la actividad que realiza quien se prostituye,

⁹⁴ El artículo 41 del Código Sanitario, en el marco de la prevención de las enfermedades venéreas, señala lo siguiente: “Para las personas que se dedican al comercio sexual, se llevará una estadística sanitaria, no permitiéndose su agrupación en prostíbulos cerrados o casas de tolerancia. La vigilancia del cumplimiento de este artículo corresponderá a las Prefecturas de Carabineros, las que deberán ordenar y llevar a efecto la clausura de los locales en que funcionan dichos prostíbulos, sin perjuicio de las sanciones que imponga el Servicio Nacional de Salud. Las clausuras realizadas por el Cuerpo de Carabineros no podrán ser alzadas sino a solicitud del propietario del inmueble y por orden judicial expedida por el Juez Letrado en lo Civil de Mayor Cuantía correspondiente, el que resolverá con conocimiento de causa y previo informe del Servicio Nacional de Salud. Dispuesto el alzamiento de la clausura, el inmueble no podrá ser restituido sino a su propietario.”

soslayando cualquier otra actividad accesoria de promoción o centrada en la explotación de dicha actividad.

CARRARA, en su Programa de Derecho Criminal, señalaba que las notas esenciales de este concepto son la venalidad, la multiplicidad de hombres recibidos y la libertad del acceso promiscuo, siendo para él una “prostituta” la que se alquila a cualquiera que solicite sus favores, aunque se trate de un recién venido y desconocido.⁹⁵ Por su parte, SOLER sostenía que la prostitución es la “actividad consistente en entregarse habitualmente a tratos sexuales con personas más o menos determinadas, que eventualmente lo requieran.”⁹⁶ JIMÉNEZ DE AZÚA, en fin, en el año 1946, definía la prostitución como “el ejercicio público de la entrega carnal promiscua, por precio, como medio para vivir de una persona”.⁹⁷ En Chile, ETCHEBERRY, a propósito del delito de favorecimiento de la prostitución infantil del artículo 367 del Código Penal, señala que “ni la multiplicidad de actos, ni el fin de lucro son suficientes para conferir la calidad de persona prostituida (...) lo esencial radica en que haya un trato sexual frecuente, en el cual importe más el acceso carnal mismo o el lucro que con él se obtiene, que la consideración de la persona con quien se realiza, que es en principio indiferente.”⁹⁸ También LABATUT se refirió al tema señalando que la prostitución es “el comercio sexual ejercido públicamente por la mujer con el propósito de lucro”,⁹⁹ así como también lo hizo GARRIDO MONTT

⁹⁵ CARRARA, Francesco. *Programa de Derecho Criminal*. Bogotá. Temis, 1956. 2978 p.

⁹⁶ SOLER, Sebastián. *Derecho Penal argentino*. Buenos Aires. Tipográfica Editora Argentina, 1963.

⁹⁷ JIMÉNEZ DE AZÚA, Luis. *Libertad de amar y derecho a morir*. Séptima Edición. Buenos Aires. Depalma, 1984. 261 p.

⁹⁸ ETCHEBERRY, Alfredo. *Derecho Penal. Parte Especial. Tomo IV*. Tercera Edición. Santiago. Editorial Jurídica Chile, 1998. 380 p.

⁹⁹ LABATUT, Gustavo. *Derecho Penal. Tomo II*. Séptima Edición. Santiago. Editorial Jurídica Chile, 2005. 263 p.

al describir la prostitución como “la entrega sexual de una persona –hombre o mujer- a cambio de un precio.”.¹⁰⁰

Más allá de las diferencias que presentan estas propuestas conceptuales, lo cierto es que todas ellas coinciden en establecer el eje de la prostitución en una actividad realizada por la propia víctima. Es posible advertir también ciertas referencias moralistas, sobre todo cuando se hace alusión a la calidad de promiscua de la actividad o cuando se la vincula con la realización de actos sexuales con sujetos múltiples. La carga normativa del concepto de prostitución es innegable, la cual no se relaciona con el hecho de ser ésta potencialmente una acción de la víctima que devela una situación de abuso, sino que se extrae de sí misma: es la prostitución, *per se*, una actividad desvalorada para la sociedad, sin perjuicio del tratamiento punitivo que en definitiva se decida dar al fenómeno.

En este sentido, si miramos el tratamiento que ha dado el legislador chileno al concepto de prostitución, a la luz del principio de lesividad, veremos que ese derrotero muestra avances y retrocesos. Con la implementación del artículo 367 en el Código Penal de 1875 se introduce el vocablo en la legislación penal codificada, siendo el próximo paso su mantención en el tipo penal de trata de personas introducido por la Ley N° 19.409 del año 1995, en cuya tramitación legislativa se la definió como “la entrega sexual de una persona a cambio de un precio”.¹⁰¹ Sin embargo, al volverse a contemplar un delito referente al ámbito del comercio sexual, el legislador no usó la voz

¹⁰⁰ GARRIDO MONTT, Mario. *Derecho Penal. Parte Especial. Tomo III*. Cuarta Edición. Santiago. Editorial Jurídica de Chile, 2010. 515 p.

¹⁰¹ Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado de Chile. Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento recaído en el proyecto de ley, en segundo trámite constitucional, que establece modificaciones al Código Penal, con el objeto de tipificar y sancionar el delito de trata de blancas. Boletín N° 1324-07. Valparaíso, 1995. 38 p.

prostitución. En el año 2004, en el marco de la Ley N° 19.927, se introduce el artículo 367 ter, el cual sanciona a los “clientes” de la llamada “prostitución infantil”. En esa norma se define la conducta punible como la obtención, a cambio de dinero u otras prestaciones de cualquier naturaleza, de servicios sexuales por parte de personas mayores de catorce pero menores de dieciocho años de edad, fórmula que, no obstante estar referida a menores de edad, ciertamente extrae la esencia de lo que es la prostitución, sin incurrir en referencias de tipo moral y sin hacer exigencias en cuanto al número de potenciales clientes. Este periplo, no obstante, concluye hasta ahora con un retroceso: la implementación de la figura de trata de personas del artículo 411 ter, en que se retorna al uso de la expresión “prostitución”, cuestión que se explica en función de la mantención del contenido del inciso 1° del derogado artículo 367 bis sin hacer ningún ajuste en relación a este punto.

Hoy en día, a pesar de la mantención en el texto de la ley de este vocablo propio de una legislación decimonónica, se podrían hacer esfuerzos interpretativos en orden a limitar su alcance. Un primer nivel de restricción podría implicar la asimilación del concepto de prostitución con el de explotación sexual, pero entendida ésta como utilización abusiva de la persona. Un segundo nivel supondría una interpretación aún más restrictiva, conectando derechamente la prostitución con las hipótesis de esclavitud, servidumbre y trabajo forzoso que regula el propio artículo 411 quater, limitando la presencia de aquella tan sólo en los casos en que se verifiquen en la práctica estas graves formas de trasgresión a la libertad de la persona. Pero estas líneas interpretativas se encuentran sólo en el plano propositivo. Lo cierto es que su aceptación por nuestros tribunales es sólo una mera expectativa. De entrada surge una dificultad que no se puede pasar por alto: este esfuerzo interpretativo cambia el eje sobre el que descansa el concepto, pues la definición de la prostitución en sí corresponde a una actividad realizada por la víctima, en

circunstancias que las propuestas de interpretación centran el análisis en los terceros que la explotan.

Es por ello que el concepto debe abordarse de una manera menos pretenciosa, sin abandonar la exigencia de prescindir de elementos de orden moral a la hora de llenarlo de contenido. Tomando distancia de las propuestas de definición realizadas por la doctrina, para este caso es posible hacer una interpretación analógica¹⁰² del precepto y señalar que la voz “prostitución” puede ser leída de la manera como entiende el legislador la entrega de servicios sexuales por precio en el artículo 367 ter del Código Penal, ya que éste daría cuenta de una moderna definición de la prostitución, desprovista de aquellos resabios de orden moral y exponiendo prístinamente sus elementos más determinantes. La prostitución sería, entonces, para nuestro legislador, la entrega de servicios sexuales a cambio de dinero u otras prestaciones de cualquier naturaleza.

4.2. Explotación sexual.

Con la implementación de la Ley N° 20.507 se modificó el eje conceptual relativo a la hipótesis de explotación vinculada al ejercicio del comercio sexual. En la figura de trata de personas del artículo 411 quater se apunta a aquel que lucra con el ejercicio ajeno del comercio sexual, incluyéndose en él la pornografía, relevándose a un segundo plano la actividad realizada por la

¹⁰² CURY, Enrique. *Derecho Penal. Parte General*. Séptima Edición. Santiago. Ediciones Universidad Católica de Chile, 2005. 812 p. En relación a la posibilidad de interpretar analógicamente la ley penal el autor señala: “La interpretación analógica (...) no es más que uno de los recursos destinados a la fijación del sentido de las normas en el ámbito sistemático. Supone sencillamente, atribuir a un texto cuyo significado es dudoso, el mismo que se le otorga a otra u otras leyes cuyo contenido ya ha sido interpretado y esclarecido, sobre todo cuando estas últimas versan sobre el mismo asunto.(...) En tal acepción, la interpretación analógica tiene que distinguirse de la analogía empleada como recurso para la integración de laguna legales, y es, por lo tanto, lícito acudir a ella a fin de fijar el sentido de las leyes penales.”.

víctima, lo cual claramente supone una importante novedad en relación a la hipótesis del tipo penal del artículo 411 ter. En efecto, la voz explotar se asocia a conductas propias de quien, desde un punto de vista penal, realiza acciones accesorias al ejercicio de la prostitución. Su significado natural y obvio es el de “sacar utilidad de un negocio o industria en provecho propio”, definiéndose también como “utilizar en provecho propio, por lo general de un modo abusivo, las cualidades o sentimientos de una persona, de un suceso o de una circunstancia cualquiera”.¹⁰³

De los significados reseñados se advierte que la connotación económica de la explotación no supone, necesariamente, un accionar abusivo o ilícito. El punto a dilucidar es si el concepto de explotación sexual que se acuña en el tipo penal del artículo 411 quater, así como en el derecho comparado y en los instrumentos internacionales referidos a la materia, corresponde a aquel amplio desprovisto de connotaciones morales o a aquel vinculado al abuso o aprovechamiento de una persona.

La doctrina comparada ha realizado esfuerzos para la delimitación conceptual de esta hipótesis. Uno de los aportes más completos en esta línea lo ha realizado el catedrático español de la Universidad de Salamanca, DAUNIS RODRÍGUEZ, quien ha adoptado dentro de sus líneas investigativas temas como la trata de personas, el tráfico de migrantes y la explotación derivada de esas actividades. A propósito de las figuras de tráfico ilegal e inmigración clandestina del artículo 318 bis del Código Penal español, profundizó en torno a las distintas interpretaciones que se han propuesto en relación a la hipótesis de explotación sexual, las cuales derivan, según su apreciación, de una “actuación perturbadora de nuestro Legislador, que viene a suscitar importantes

¹⁰³ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. *Diccionario de la Lengua Española*. Vigésimo segunda edición. (en línea). <http://www.rae.es/>. (consulta: 6 de mayo de 2012)

problemas interpretativos y aplicativos que alcanzan a la propia naturaleza y fundamentos morales y jurídicos de la prostitución adulta.”¹⁰⁴ Su trabajo apunta a exponer las distintas posiciones surgidas en la doctrina española a propósito del alcance de esta hipótesis. Señala que mayoritariamente se ha entendido que el concepto de explotación sexual debe suponer algo más que la mera criminalización de la participación lucrativa en la participación de otras personas, lo que se ha traducido en la presentación de interpretaciones restrictivas del concepto y en la exigencia de un plus de lesividad mayor de la que derivaría del mero lucro o ventaja financiera obtenida de la prostitución ajena. Este plus de injusto supondría poner el acento en los abusos que rodean la prostitución, limitándose su aplicación a aquellos comportamientos que implican un aprovechamiento de una previa situación de vulnerabilidad, necesidad, coacción o amenaza, y en otros, en el aprovechamiento de la falta de reglamentación de la prestación sexual y de la consecuente desprotección jurídica de quien ejerce el comercio sexual, todo lo cual derivaría en la imposición de condiciones de trabajo abusivas: remuneración inadecuada, horario desproporcionado, ausencia de días libres, etc., asimilándose en este último caso el concepto de explotación sexual con el de explotación laboral. En esta perspectiva de pensamiento se ha planteado incluso la conexión del concepto de explotación sexual con el de esclavitud, señalándose que “una moderna definición de esclavitud debiera contener a las acciones de concertar y explotar la prostitución ajena en tanto éstas llevan implícito el control de la sexualidad de la persona que pone su cuerpo al servicio de terceros que lucran con su actividad y una afirmación de exclusividad sobre esa actividad.”¹⁰⁵ Estas posturas se acercarían a la segunda de las definiciones del verbo

¹⁰⁴ DAUNIS, Alberto. *Sobre la urgente necesidad de una tipificación autónoma e independiente de la trata de personas*. (en línea) Revista para el análisis del Derecho, N° 1, 2010. <http://www.indret.com/pdf/693.pdf> (consulta: 6 de mayo de 2012)

¹⁰⁵ COLOMBO, Marcelo, MÁNGAMO, María Alejandra. *El consentimiento de la víctima en la trata de personas y un análisis sobre los medios comisivos previstos en la figura penal*. En Revista del Ministerio Público. Año 7, N° 11. Provincia de Buenos Aires. 2010. 64 p.

explotar transcritas anteriormente: “utilizar en provecho propio, por lo general de un modo abusivo, las cualidades o sentimientos de una persona, de un suceso o de una circunstancia cualquiera”.¹⁰⁶

La línea de interpretación opuesta señala que los esfuerzos por restringir la aplicación del concepto “explotación sexual” son inviables, por lo tanto, lo que pretende el legislador en este caso es simplemente criminalizar la participación en la prostitución adulta, con un sesgo claramente abolicionista, cuestión que este sector de la doctrina critica muy fuertemente. En otras palabras, lo que llenaría de contenido a la explotación sexual serían aquellas conductas que suponen un provecho económico de la prostitución ajena, sin que en ese ejercicio se verifiquen necesariamente acciones abusivas o vulneradoras de la libertad o dignidad de la persona que ejerce la prostitución. Esta posición doctrinaria se acerca al primero de los conceptos contemplados por la Academia ya reseñados: “sacar utilidad de un negocio o industria en provecho propio”.¹⁰⁷

Estas aportaciones basadas en el derecho comparado sin duda constituyen un aporte para interpretar la hipótesis de explotación sexual contenida en el tipo penal del artículo 411 quater. Pero, para enriquecer nuestro análisis en pos de lograr una interpretación correcta de aquella, creemos necesaria la opción de recurrir al origen mismo de la regulación moderna de la trata de personas. Y es que en el marco de la generación de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional y de sus respectivos protocolos, en el año 2008, se publicaron los

¹⁰⁶ DAUNIS, Alberto. *Sobre la urgente necesidad de una tipificación autónoma e independiente de la trata de personas*. (en línea) Revista para el análisis del Derecho, N° 1, 2010. <http://www.indret.com/pdf/693.pdf> (consulta: 6 de mayo de 2012)

¹⁰⁷ MORÓN LERNA, Esther, GARCÍA ARÁN, Mercedes, JIMÉNEZ VILLAREJO, Carlos. *Los Tipos Penales acogedores del Tráfico de Personas*. En GARCÍA ARÁN, Mercedes. *Trata de Personas y Explotación Sexual. Estudios de Derecho Penal y Criminología*. N° 79. Granada, Editorial Comares, 2006. 66 p.

trabajos preparatorios de las negociaciones para la elaboración de los señalados instrumentos internacionales, lo que constituye una verdadera historia fidedigna de su establecimiento, en la que se reflejan las posiciones adoptadas por las distintas delegaciones de los países firmantes tanto de la Convención como de sus protocolos, significando, por cierto, un documento casi imprescindible a la hora de interpretar nuestro tipo penal de trata de personas.

Del texto de estos trabajos preparatorios se advierten aportaciones relevantes no sólo para interpretar la noción de explotación sexual, sino que también para llenar de contenido las hipótesis de explotación vinculadas al ámbito laboral. En lo que a la explotación sexual respecta, dable es advertir desde ya que el Protocolo de Palermo, tal como ocurre con el resto de las hipótesis de explotación, no otorgó una definición formal de esta expresión, generándose sólo algunas conceptualizaciones en los trabajos preparatorios que no vieron la luz en su texto final. Es así como en el Quinto Periodo de sesiones del Comité Especial, celebrado entre el 4 y el 15 de octubre de 1999, la delegación de Estados Unidos presentó una propuesta de definición de “explotación sexual”, la que abrió el debate respectivo. Dicha propuesta señalaba que, por explotación sexual se entiende “con respecto a un individuo adulto, prostitución forzada, servidumbre sexual o participación en la producción de material pornográfico para la cual dicho individuo no se ofrece con su libre consentimiento y con conocimiento de causa; con respecto a un niño, prostitución, servidumbre sexual o utilización del niño en la pornografía.”¹⁰⁸ Importante es destacar que, a propósito de esta definición, se presentaron observaciones en dos sentidos: la mayoría de las delegaciones

¹⁰⁸ OFICINA CONTRA LA DROGA Y EL DELITO, NACIONES UNIDAS. *Trabajos preparatorios de las negociaciones para la elaboración de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional y sus Protocolos*. (en línea) Nueva York, 2008. http://www.unodc.org/documents/treaties/UNTOC/Publications/Travaux%20Preparatoire/04-60077_Ebook-s.pdf (consulta: 6 de mayo 2012)

propuso la supresión de la palabra “forzada”, debido a las dificultades que podrían presentarse para acreditar dicha circunstancia, expresando sólo algunas delegaciones que era necesario distinguir entre las víctimas de la prostitución y aquellas que elegían dedicarse a ella. Por otro lado, la delegación de los Países Bajos propuso sustituir la expresión “explotación sexual” por la de “esclavitud”, sugiriendo también, como concepto de ésta, el de aquel “estado o condición de las personas sobre las que se ejercen todo o parte de los poderes atribuidos al derecho de propiedad, incluidas la prostitución forzada y la servidumbre y otras prácticas análogas a la esclavitud definidas en el artículo 1 de la Convención suplementaria sobre la abolición de la esclavitud, la trata de esclavos y las instituciones y prácticas análogas a la esclavitud de 1956.”¹⁰⁹ En los siguientes períodos de sesiones se mantuvieron estas propuestas de definición, las que, en definitiva, no se plasmaron en el texto final del Protocolo de Palermo, el cual sólo definió latamente el concepto de trata de personas, con referencia a los fines de explotación, pero sin definirlos normativamente.

De lo señalado se coligen las distintas posiciones en torno a esta hipótesis de explotación. Lo destacable es que la misma expresión abre la posibilidad de interpretaciones cuyos límites son más bien difusos. Las posiciones asumidas develan, no obstante, un abanico limitado de posibilidades de interpretación, las que van desde la simple idea de sacar provecho de la actividad de alguien, pasando por el sacar el mismo provecho de manera abusiva y hasta aquellas posiciones que involucran derechamente acciones asimilables al sometimiento de personas a trabajos forzosos, servidumbre o esclavitud. En la esfera del provecho que alguien puede obtener

¹⁰⁹ OFICINA CONTRA LA DROGA Y EL DELITO, NACIONES UNIDAS. *Trabajos preparatorios de las negociaciones para la elaboración de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional y sus Protocolos*. (en línea) Nueva York, 2008. http://www.unodc.org/documents/treaties/UNTOC/Publications/Travaux%20Preparatoire/04-60077_Ebook-s.pdf (consulta: 6 de mayo 2012)

del trabajo de otro no se observa en principio ninguna vulneración a bienes jurídicos, por lo que incluirla en el ámbito de la explotación sexual supondría una vulneración al principio de lesividad. En cambio, en el caso del provecho abusivo esa conclusión es más problemática ya que la voz “abuso” en este plano, tal como lo señalaba DAUNIS RODRÍGUEZ, si bien no implica hacer desaparecer la voluntad de la víctima para la realización del trabajo, si comprende la imposición de condiciones desmejoradas tales como retribuciones económicas inadecuadas, horarios desproporcionados, condiciones insalubres y otras situaciones similares. Puede incluir también, por cierto, todas aquellas situaciones en que la víctima sufre una grave afectación a la libertad tales como la prostitución forzada, la esclavitud sexual y otras prácticas asimilables a las nociones de servidumbre, trabajos forzosos y esclavitud en general.

Lo relevante, a propósito de lo dicho, es que independiente de la línea interpretativa que se quiera seguir, la forma en que se estructuró esta hipótesis de explotación abre la puerta para que la jurisprudencia pueda interpretarla utilizando el abanico de posibilidades reseñado, cuestión que ciertamente no puede ocurrir en el campo de las hipótesis de explotación laboral, las que son definidas de manera mucho más estricta, tal como se verá en los apartados que siguen.

4.3. Trabajos o servicios forzados.

Siguiendo la línea del artículo 3° del Protocolo de Palermo, la norma chilena circunscribió la esfera de la explotación laboral en tres ideas que, si bien ofrecen ciertos matices en cuanto a sus contenidos, esencialmente se refieren a una misma realidad. Las razones para esta estricta y limitada

configuración de estas hipótesis de explotación emanan de la propia discusión plasmada en la historia de la Ley N° 20.507, y ellas se refieren a la pretensión de deslindar claramente los ámbitos de intervención de la legislación laboral y de la legislación penal, haciéndose alusión explícita a que la expresión “explotación laboral” redundaría en el castigo penal de situaciones en que sólo habrían incumplimientos contractuales de dicha índole.¹¹⁰ Es por ello que, en

¹¹⁰ Biblioteca del Congreso Nacional de Chile. Historia de la Ley N° 20.507 Tipifica los delitos de tráfico ilícito de migrantes y trata de personas y establece normas para su prevención y más efectiva persecución criminal. Boletín 3778-18. Diario Oficial, 2011. 348 p. En el segundo informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado se evidencia la discusión relativa a este punto: “El Honorable Senador señor Gómez consultó cuál es el sentido que ha de darse al concepto de explotación laboral que contiene la indicación, haciendo presente el Honorable Senador señor Prokuriça que dicho concepto resulta muy vago y general, lo que podría determinar que se entiendan incorporados al mismo diversos incumplimientos laborales que, aunque jurídica o éticamente son reprochables, no constituyen, por sí mismos, ilícitos que deban ser perseguidos criminalmente (...) La Honorable Senadora señora Alvear estimó necesario buscar una fórmula que permita distinguir entre las situaciones extremas de abuso laboral propias de una verdadera explotación, de las propias derivadas de infracciones laborales propiamente tales, que deben juzgarse por la justicia laboral. El Honorable Senador señor Gómez expresó que tal como está planteado el tipo en esta indicación ella podría resultar aplicable a los casos de traslado, dentro de Chile, de ciudadanos chilenos por motivos laborales, haciendo presente que resultará una tarea muy difícil el deslindar entre las conductas que se encuentran incorporadas en este tipo penal y los abusos de índole exclusivamente laboral, lo que se hace evidente, por ejemplo, si se considera lo que ocurriría cuando una empresa que trasladó a trabajadores entra en cesación de pagos o desaparece definitivamente por motivos de índole comercial, caso en el cual alguien incluso podría sostener que su traslado fue, en definitiva, un delito, todo lo cual excede el propósito del proyecto en estudio. Sobre la materia, el Honorable Senador señor Prokuriça estimó que hay casos extremos en los que debe recurrirse a la penalización, como ocurriría si se traslada al país a un extranjero para que trabaje sin que hable nuestro idioma y se le encierra, se le quitan los documentos de identidad apenas arriba al país en forma ilegal, se le niega la posibilidad de comunicarse, se le obliga a trabajar sin pausa y no se le paga. En ese contexto, agregó, se está cometiendo un delito, pero que cuando sólo se da una de estas circunstancias, en forma aislada o por motivos equívocos, el problema debería quedar circunscrito al conocimiento de la judicatura laboral por infracciones de esa índole. (...) El señor Jefe del Departamento de Reformas Legales del SERNAM explicó que no es la intención del Gobierno el penalizar meros incumplimientos laborales, subrayando que el Protocolo de Palermo se refiere a trabajos o servicios forzados y que el Ejecutivo está de acuerdo con sustituir la noción de explotación laboral que emplea la indicación, por los conceptos utilizados por el Protocolo antes señalados. (...) El Honorable Senador señor Larraín concordó con tal propósito, haciendo presente que de esa forma se precisarían los conceptos y permitirá aclarar el sentido de la disposición en atención a que, de otra forma, el concepto de “explotación laboral” podría generar problemas interpretativos que involucren en investigaciones criminales a empleadores inocentes y, además, que las organizaciones criminales dedicadas a la trata de personas busquen subterfugios legales para evadir u ocultar sus responsabilidades. Una buena solución, agregó, es eliminar el concepto de explotación laboral y, a continuación, incluir los términos utilizados

definitiva, la redacción del artículo 411 quater sólo contempló, en el ámbito señalado -dejando fuera el de la extracción de órganos- algunos nichos de explotación laboral en que existen fuertes limitaciones a la libertad de la persona, asimilables a ciertos delitos que contempla nuestro ordenamiento jurídico tales como el secuestro, las amenazas y las coacciones.

El primero de los conceptos vinculados a la explotación laboral del tipo penal del artículo 411 quater es el de trabajos o servicios forzados. Este concepto aparece en el espectro jurídico con el Convenio de la OIT sobre la materia del año 1930. En él se señala que es “todo trabajo o servicio exigido a un individuo bajo la amenaza de una pena cualquiera y para el cual dicho individuo no se ofrece voluntariamente”,¹¹¹ dándose cuenta de una conceptualización que se sustenta sobre dos ideas básicas: la amenaza de una pena y la falta de voluntariedad de la víctima. Sin embargo, ha sido la propia Organización Internacional del Trabajo, a través de sus posteriores publicaciones, la que ha ido delineando hermenéuticamente estas nociones. Así, se ha dicho que la pena no tiene que suponer una sanción asimilable a la pena impuesta por el Estado frente a la comisión de un delito, sino que puede también consistir en una pérdida de derechos y privilegios, pudiendo adoptar muchas formas diferentes: ejercicio de violencia física o psicológica, restricción de la libertad, amenazas respecto de la propia víctima o de sus familiares, amenazas de denuncias a la policía o a autoridades de inmigración cuando la víctima se encuentra en una situación laboral ilegal, sanciones pecuniarias, confiscación de documentos migratorios y de identidad. En lo que a la falta de voluntad respecta, se ha profundizado en torno a la forma y el contenido del consentimiento, haciendo mención incluso a las formas más sutiles de

por el referido Protocolo para aclarar que el propósito del delincuente es someter a sus víctimas a trabajos forzados.”.

¹¹¹ Convenio sobre el trabajo forzoso, 28 de junio de 1930. Organización Internacional del Trabajo, Ginebra. Disponible en <http://www.ilo.org/ilolex/cgi-lex/convds.pl?C029> (consulta: 6 de mayo de 2012)

coacción, las que por cierto en la práctica siempre van a significar sendas dificultades probatorias.¹¹² Por su parte, en cuanto al trabajo en sí y a la relación que se crea entre explotador y víctima, no se contemplan limitaciones, pudiendo consistir el primero en cualquier actividad humana que se realiza en favor de terceros, y pudiendo la relación ser de hecho o de derecho, permanente o temporal, expresamente aceptada o tácitamente consentida.¹¹³

No obstante la definición señalada, el propio Convenio establece las situaciones en que, a pesar de cumplir cabalmente con aquella, no serán consideradas trabajo forzoso por tratarse de cargas que impone el Estado a los ciudadanos. En este ámbito encontramos, por ejemplo, el servicio militar obligatorio, los trabajos o servicios que se exigen en virtud de una condena judicial que impone sanciones penales y los trabajos que se exigen en el marco de situaciones de excepción tales como guerra o siniestros.

A partir del Quinto Periodo de sesiones del Comité Especial, cuyas discusiones fueron plasmadas en los ya citados trabajos preparatorios de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional y de sus respectivos protocolos, se señaló que el trabajo forzado es “todo trabajo o servicio exigido a un individuo mediante la amenaza, el uso de la fuerza o la coerción, y para el cual dicho individuo no se ofrece con su consentimiento libre y con conocimiento de causa”,¹¹⁴ planteándose en el

¹¹² OFICINA INTERNACIONAL DEL TRABAJO. *El costo de la coacción*. Informe global con arreglo al seguimiento de la Declaración de la OIT. Conferencia Internacional del Trabajo, 98° Reunión, 2009. (en línea) Ginebra. http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/@ed_norm/@relconf/documents/meetingdocument/wcms_106232.pdf (consulta: 6 de mayo de 2012)

¹¹³ GERONIMI, Eduardo. *Aspectos jurídicos del tráfico y la trata de trabajadores migrantes*. En Programa de Migraciones Internacionales de la Oficina Internacional del Trabajo. Perspectivas sobre migraciones laborales. Ginebra. 2002. 48 p.

¹¹⁴ OFICINA CONTRA LA DROGA Y EL DELITO, NACIONES UNIDAS. *Trabajos preparatorios de las negociaciones para la elaboración de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional y sus Protocolos*. (en línea) Nueva York, 2008.

mismo contexto básicamente las mismas excepciones planteadas en el Convenio de 1930, esto es, el cumplimiento de la pena de trabajos forzados impuesta por un tribunal competente, los trabajos o servicios que, aparte de los señalados, se exigen de una persona presa o que goza de la libertad condicional en virtud de una decisión judicial dictada legalmente, el servicio militar o los servicios a la comunidad alternativos, los servicios impuestos en caso de calamidad, los trabajos que forman parte de las obligaciones cívicas normales del Estado correspondiente, y los trabajos comunales que se consideran obligaciones cívicas conforme a la legislación nacional respectiva.¹¹⁵

Así también, la pretensión de limitar el alcance de la expresión “trabajo forzoso” ha sido una constante en los trabajos que se han realizado sobre la materia bajo el alero de la Oficina Internacional del Trabajo. En este contexto, en el Informe global con arreglo al seguimiento de la Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo, el que emanó de la 98° reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo del año 2009, se señalaron algunas líneas interpretativas que intentaban, en definitiva, separar el concepto de aquel amplio de explotación laboral: “El trabajo forzoso no es meramente sinónimo de salarios bajos o de condiciones de trabajo precarias. Tampoco designa situaciones de pura necesidad económica, como cuando un trabajador se siente incapaz de dejar un puesto de trabajo debido a la falta real o supuesta de alternativas de empleo. El trabajo forzoso constituye una grave violación a los derechos humanos y una restricción de la libertad de la persona, según la definición contenida en los convenios de la OIT relativos a este tema y

http://www.unodc.org/documents/treaties/UNTOC/Publications/Travaux%20Preparatoire/04-60077_Ebook-s.pdf (consulta: 6 de mayo 2012)

¹¹⁵ OFICINA CONTRA LA DROGA Y EL DELITO, NACIONES UNIDAS. *Trabajos preparatorios de las negociaciones para la elaboración de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional y sus Protocolos*. (en línea) Nueva York, 2008. http://www.unodc.org/documents/treaties/UNTOC/Publications/Travaux%20Preparatoire/04-60077_Ebook-s.pdf (consulta: 6 de mayo 2012)

en otros instrumentos internacionales conexos sobre la esclavitud, las prácticas análogas a la esclavitud, la servidumbre por deudas y la condición de siervo.”.¹¹⁶ Lo dicho, además de entregar luces respecto de la extensión del trabajo forzoso, también devela los difusos límites que el derecho internacional reconoce entre aquel y los conceptos de esclavitud y de servidumbre.

Sin embargo, lo expresado anteriormente no obsta a que podamos en este trabajo intentar fijar los contornos específicos de la noción de trabajo forzoso. Del concepto básico entregado por el Convenio sobre trabajo forzoso del año 1930 se desprende que la “relación laboral” que se genera supone la existencia previa de algunos elementos coactivos esenciales para configurar la existencia de esta hipótesis. La falta de voluntariedad por parte de la víctima proviene claramente de algunas actividades realizadas por el sujeto activo que, en nuestro ordenamiento jurídico, implicarían la verificación de delitos autónomos tales como las amenazas y las coacciones. Ello en razón de que el vocablo “pena” que usa el Convenio de 1930 no se refiere sólo a aquellas consecuencias jurídicas provenientes de la aplicación de la ley penal del Estado, sino que se refiere a un espectro amplio de conductas que tienen por finalidad anular la voluntad de la víctima que se resiste a la realización del trabajo, en que la obtención de su aquiescencia se hace a través del uso de ciertas circunstancias comisivas propias de los delitos vulneradores de la libertad del sujeto pasivo. Esta especial “relación laboral”, por tanto, se sustenta sobre la base ilícita de la coacción.

¹¹⁶ OFICINA INTERNACIONAL DEL TRABAJO. *El costo de la coacción*. Informe global con arreglo al seguimiento de la Declaración de la OIT. Conferencia Internacional del Trabajo, 98° Reunión, 2009. (en línea) Ginebra. http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/@ed_norm/@relconf/documents/meetingdocument/wcms_106232.pdf (consulta: 6 de mayo de 2012)

4.4. Servidumbre.

El vocablo servidumbre, conforme a lo señalado en el Diccionario de la Lengua Española, se asocia al trabajo realizado por un siervo, siendo este conceptualizado como el “esclavo de un señor”, por un lado, pero también como aquel “esclavo afecto a una heredad y que no se desligaba de ella al cambiar de dueño” –siervo de la gleba-, y como aquel “siervo que para siempre era condenado en juicio a servir en las minas u otras obras públicas” –siervo de la pena-.¹¹⁷

De entrada se pueden apreciar las similitudes con el concepto de trabajo forzoso. Sin embargo, a diferencia de éste, la servidumbre no ha recibido conceptualmente tanta atención por parte de los instrumentos internacionales, siendo incluso considerada conceptualmente dentro de los márgenes de la esclavitud en la Convención suplementaria sobre la abolición de la esclavitud, la trata de esclavos y las instituciones y prácticas análogas a la esclavitud del año 1956. En efecto, en este instrumento se señala a la servidumbre como una práctica análoga a la esclavitud, distinguiéndose dos tipos: a) la servidumbre por deudas, que consiste en “el estado o la condición que resulta del hecho de que un deudor se haya comprometido a prestar sus servicios personales, o los de alguien sobre quien ejerce autoridad, como garantía de una deuda, si los servicios prestados, equitativamente valorados, no se aplican al pago de la deuda, o si no se limita su duración ni se define la naturaleza de dichos servicios”, y b) la servidumbre de la gleba, que consiste en “la condición de una persona que está obligada por la ley, por la costumbre o por un acuerdo a vivir y a trabajar sobre una tierra que pertenece a otra persona y a prestar a ésta,

¹¹⁷ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. *Diccionario de la Lengua Española*. Vigésimo segunda edición. (en línea). <http://www.rae.es/>. (consulta: 6 de mayo de 2012)

mediante remuneración o gratuitamente, determinados servicios, sin libertad para cambiar su condición.”.¹¹⁸

De esta manera, siendo para el derecho internacional una práctica análoga a la esclavitud, la que supone una elevadísima vulneración a la libertad de la persona, la servidumbre debe ostentar las mismas características lesivas. Es por ello que en los intentos más contemporáneos de definición de la voz “servidumbre”, sin bien se amplía su campo de aplicación, se contemplan elementos concluyentes en cuanto a que no se trataría esta hipótesis de una simple explotación laboral, sino que también ella lesiona seriamente la libertad de la víctima. En los ya referidos trabajos preparatorios de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional y de sus respectivos protocolos se hizo una proposición conceptual referida a la servidumbre, la que, tal como ocurrió con la mayoría de los conceptos propuestos en ese contexto, no alcanzó a plasmarse en el texto definitivo del respectivo protocolo. Así, en el Séptimo Período de sesiones del Comité Especial se realizó una propuesta de definición de la servidumbre en el siguiente orden: “Por servidumbre se entenderá el estado o condición de dependencia de una persona a la que otra obliga (sin justificación) a prestar cualquier servicio y que crea razonablemente que no tiene otra alternativa que la de prestar el servicio.”.¹¹⁹ En efecto, se pueden destacar de esta conceptualización dos elementos esenciales en relación a la restricción

¹¹⁸ Convención suplementaria sobre abolición de la esclavitud, la trata de esclavos y las instituciones y prácticas análogas a la esclavitud, 30 de abril de 1956. Oficina Europea de las Naciones Unidas, Ginebra. Disponible en <http://www2.ohchr.org/spanish/law/abolicion.htm>. (consulta: 6 de mayo de 2012)

¹¹⁹ OFICINA CONTRA LA DROGA Y EL DELITO, NACIONES UNIDAS. *Trabajos preparatorios de las negociaciones para la elaboración de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional y sus Protocolos*. (en línea) Nueva York, 2008. http://www.unodc.org/documents/treaties/UNTOC/Publications/Travaux%20Preparatoire/04-60077_Ebook-s.pdf (consulta: 6 de mayo 2012)

absoluta de la libertad de la víctima: por un lado, el hecho de que el sujeto activo obliga ilícitamente al sujeto pasivo a la prestación del servicio, sin especificar la forma cómo ello se obtiene, y por otro, la creencia razonable por parte de la víctima de no tener otra alternativa que la de prestar el servicio. La conjunción de estos dos elementos supone someter forzosamente a otro para que preste el servicio ya que necesariamente, para que sea efectivo el obligar injustificadamente a otro, es preciso que concurren aquellas circunstancias que develan una falta de voluntad del sometido, lo cual se ve refrendado por el hecho de que éste debe creer razonablemente que no hay más alternativa que la de prestar el servicio, o sea, que desde su perspectiva de los hechos se encuentra forzado a seguir ese camino sin que le sea posible hacer ejercicio de su libertad para elegir otro.

Pero, volviendo al concepto tradicional de servidumbre, el cual tiene existencia formal en la Convención suplementaria sobre la abolición de la esclavitud, la trata de esclavos y las instituciones y prácticas análogas a la esclavitud, de 1956, también se aprecia en la definición limitaciones a la libertad de la víctima. En la servidumbre por deudas, el trabajo de la víctima se realiza como garantía de una deuda, pero el hechor no lo destina a su pago o no se limita la duración de los servicios, no estando comprendidas en esta hipótesis, por tanto, las situaciones en que un empleador realiza préstamos al trabajador, sino que sólo aquellas en las que se mantiene una “relación laboral” en base a la supuesta cancelación de una deuda que, en realidad, no ocurre, utilizando el sujeto activo dicha excusa para mantener a la víctima trabajando para él indefinidamente. Un ejemplo palmario de lo señalado son los casos de endeudamiento inducido. En la Guía de Procedimientos y Criterios para detectar e investigar la Trata con fines de Explotación Laboral, de la Procuración General de la Nación Argentina, al hacerse referencia a los elementos probatorios necesarios para acreditarla, se indican algunas

situaciones de hecho que en la práctica configurarían esta forma de servidumbre por deudas: “En tanto se trata de una modalidad específica de servidumbre (por deudas), la existencia de la deuda, junto a las variables abusivas de jornada y salario no equitativamente aplicados a saldarla completan la consumación del delito. Sin embargo, cabe insistir en que deben darse plenamente los tres extremos y, básicamente, la no aplicación real del salario al pago de la deuda. El préstamo, por sí, solo, podría ser también una ayuda al trabajador en un momento de apremio económico. Por ello la falsificación de cuentas, el aumento exagerado de los precios de bienes que el empleador vende al trabajador o el cobro de intereses excesivos son datos complementarios útiles. También deben verificarse los giros de dinero que los empleadores muchas veces dicen realizar a los familiares de los trabajadores, puesto que en muchos casos éstos o no se realizan o sólo se realizan por cantidades menores a las que el trabajador cree y, en definitiva, “debe” devolver o “deja” de cobrar.”.¹²⁰

Por último, la otra vertiente del concepto de servidumbre es la de servidumbre de la gleba. En ella se destaca el fenómeno de adscripción de una persona a un predio o inmueble que pertenece a otra, obligándose, además, a prestar determinados servicios en virtud de aquella. Se agrega al concepto, además, una expresa referencia a la falta de libertad de la víctima. Esta hipótesis de servidumbre, que pierde sus raíces en el feudalismo medieval, también implica la realización necesaria de conductas tendientes a anular la voluntad de la víctima, pues la sola pertenencia de la persona a la tierra, sin la posibilidad de cambiar libremente de condición, hace que este concepto se acerque en demasía al de esclavitud, con la diferencia de que en este último

¹²⁰ PROCURACIÓN GENERAL DE LA NACIÓN ARGENTINA. *Guía de Procedimientos y Criterios para detectar e investigar la Trata con fines de Explotación Laboral*. Resolución PGN N° 46/11, de 6 de mayo de 2011. Buenos Aires.

caso la relación coactiva se verifica directamente entre personas, en tanto que en la servidumbre de la gleba dicha relación se da indirectamente, ya que importa primeramente la relación que tiene la víctima con un predio determinado.

4.5. Esclavitud.

La esclavitud es el concepto referido a los fines de explotación que más atención ha recibido por la comunidad internacional. Antes de ostentar aquella característica, la esclavitud sufrió los ataques abolicionistas en el marco de su desarrollo como institución legal o consuetudinaria que estuvo presente en muchos estados occidentales hasta comenzar a desaparecer paulatinamente desde el siglo XVIII. En sí, de las finalidades de explotación reguladas en el artículo 411 quater, la esclavitud es en el papel la condición más denigrante e inhumana, puesto que supone la cosificación del ser humano, la pérdida de su subjetividad.

Precisamente, el concepto de esclavitud más universal generado por el derecho internacional atiende plenamente a las características descritas, siendo aquel el contenido en el artículo 1° de la Convención sobre la Esclavitud de 1926, el cual la define como “el estado o condición de un individuo sobre el cual se ejercitan los atributos del derecho de propiedad o algunos de ellos”,¹²¹ concepto que ratifica íntegramente la Convención suplementaria sobre la abolición de la esclavitud, la trata de esclavos y las instituciones y prácticas análogas a la esclavitud, del año 1956. Como se puede apreciar, este concepto

¹²¹ Convención sobre la esclavitud, Ginebra, Suiza, 25 de septiembre de 1926. Archivos de la Sociedad de Naciones. Artículo 1°. Disponible en: <http://www.ordenjuridico.gob.mx/TratInt/Derechos%20Humanos/D23.pdf> (consulta: 6 de mayo de 2012).

clásico de esclavitud es tributario de la noción que de ésta práctica se tenía en aquellos países que la admitían hasta el siglo XIX dentro de sus legislaciones nacionales y, además, involucra aspectos relacionales entre el propietario y el esclavo que sobrepasan lo estrictamente económico.

El concepto en si es de suyo esclarecedor. La esclavitud, conforme a la definición de la Real Academia que es atingente al sentido de nuestro trabajo, es “la sujeción excesiva por la cual se ve sometida una persona a otra, o a un trabajo u obligación”,¹²² rondando siempre la idea de una relación particular que se da entre dos personas: para la Real Academia esta sería una “sujeción excesiva”, en tanto que para la Convención del año 1926 ella sería el ejercicio de los atributos del derecho de propiedad. En ambos el tema del sometimiento es relevante, siendo la conceptualización de la Convención mucho más restrictiva sin perjuicio de dar cuenta de un hecho gravísimo desde la perspectiva de los derechos humanos. En términos normativos, haciendo una interpretación sistemática de esta hipótesis de explotación contenida en el tipo penal del artículo 411 quater, si en el seno del concepto de esclavitud está el de atributos del derecho de propiedad, habría que recurrir a lo que señala nuestro ordenamiento jurídico en torno a este tema, con lo que necesariamente arribaremos a los respectivos artículos de nuestro Código Civil. Así, siendo la propiedad un derecho real, hay que tener presente que este último se define en el artículo 577 del Código Civil como aquel “que tenemos sobre una cosa sin respecto a determinada persona”; por su parte, el artículo 582 del mismo cuerpo normativo define la propiedad como “el derecho real en una cosa corporal, para gozar y disponer de ella arbitrariamente; no siendo contra ley o contra derecho ajeno”, destacándose de esta definición las facultades que entrega la propiedad a su titular: el uso, goce y disposición de la cosa. En

¹²² REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. *Diccionario de la Lengua Española*. Vigésimo segunda edición. (en línea). <http://www.rae.es/>. (consulta: 6 de mayo de 2012)

términos estrictos, por lo tanto, la exigencia del tipo penal de trata de personas en relación a finalidad de esclavitud radica en la necesidad de establecer copulativamente o alternativamente esas facultades, las que en este caso, recaen sobre una o un grupo de personas.

La esclavitud, definida de esta forma, por cierto que supone una limitación absoluta de la libertad de la víctima. El sólo hecho de estar sometido a la disposición de un tercero elimina toda posibilidad de ejercicio de la libertad propia. Sin embargo, no se puede desconocer que, por tratarse de un elemento normativo del tipo, con el correr del tiempo se han ido ofreciendo propuestas de interpretación que de alguna manera atemperan su rigidez y permiten abarcar situaciones de fuerte afectación de la libertad pero en que, no obstante, no es posible hablar propiamente del ejercicio pleno del derecho de propiedad sobre una persona. En esta línea se ha dicho que la definición de la esclavitud contenida en la Convención de 1926 “ha sido superada por concepciones y definiciones que se compatibilizan mejor con el avance de las sociedades modernas y las nuevas (malas) prácticas que se le incorporaron con el propósito de ejercer algún derecho de propiedad sobre el prójimo. (...) Dos de ellas son el trabajo o servicio exigido a un individuo bajo la amenaza de una pena cualquiera (definición sobre trabajo forzado, Convenio sobre trabajo forzado de 1930 de la OIT) o la prestación de servicios sexuales por dinero o remuneración (prostitución) cuando ella se realiza bajo el concierto o explotación de una tercera persona.”.¹²³ En esta misma línea se manifestó el Tribunal Internacional para la persecución de personas responsables por serias violaciones al derecho internacional humanitario cometidos en el territorio de la extinta Yugoslavia desde 1991 en el caso denominado *Prosecutor v Dragoljub*

¹²³ COLOMBO, Marcelo, MÁNGAMO, María Alejandra. *El consentimiento de la víctima en la trata de personas y un análisis sobre los medios comisivos previstos en la figura penal*. En Revista del Ministerio Público. Año 7, N° 11. Provincia de Buenos Aires. 2010. 64 p.

Kunarac, Radomir Kovac and Zoran Vokovic,¹²⁴ instancia en que se expresan algunas consideraciones importantes en torno al concepto de esclavitud, vinculadas, eso sí, al plano de la explotación sexual, cuestión que no es óbice para extrapolarlas al plano de la esclavitud en general. El tribunal dijo que “aunque algunos tratados definieran el concepto de esclavitud de manera estrecha, hoy en día debía dársele a la esclavitud como crimen contra la humanidad una definición mucho más amplia en virtud de sus diversas manifestaciones contemporáneas. El crimen de esclavitud está íntimamente ligado a la esclavitud en términos de su definición básica pero abarca otras formas contemporáneas de esclavitud no contempladas en la Convención contra la Esclavitud de 1926 y en otras similares o siguientes. (...) La cuestión de si un fenómeno particular es una forma de esclavitud dependerá de la operación de los factores o indicios de esclavitud identificados” los que incluyen “el control del movimiento de alguien, el control del entorno físico, el control psicológico, las medidas adoptadas para impedir o disuadir el escape, la fuerza, la amenaza de la fuerza o la coerción, la duración, la afirmación de la exclusividad, la sujeción al tratamiento cruel y el abuso, el control de la sexualidad y el trabajo forzoso.”.

Por cierto que, al tratarse de un elemento normativo del tipo, el concepto de esclavitud está expuesto a las vicisitudes interpretativas tanto de la doctrina como de la jurisprudencia. El derrotero someramente expuesto demuestra lo señalado. Sin embargo, él mismo demuestra también que la pretensión de amplitud del concepto siempre mantuvo como base la idea de que la relación entre víctima y victimario se concibe en la anulación de la libertad de aquella, lo que sería consecuencia de la realización por parte del hechor de las circunstancias comisivas que tienden a dicho fin. En otras palabras, con el

¹²⁴ NACIONES UNIDAS, TPIY, Case N° IT-96-23/1-A, sentencia del Tribunal de Apelaciones de 12 de junio de 2002. Traducción de Marcelo Colombo y María Alejandra Mángamo.

correr del tiempo la ampliación del concepto de esclavitud significó en la práctica acercarlo al de trabajos forzosos, con lo cual terminan por asimilarse, desapareciendo de aquel esta noción clásica de ejercicio del derecho de propiedad que se plasmara fielmente en la Convención sobre la materia del año 1926.

4.6. Prácticas análogas a la esclavitud.

El tipo penal de trata de personas del artículo 411 quater del Código Penal mantuvo las prácticas análogas a la esclavitud como una de las hipótesis de explotación, siendo el referente más inmediato para ello el propio Protocolo de Palermo.

Desde ya podemos decir que esta referencia no es plenamente aprovechable. En sentido estricto, si nos atenemos al concepto clásico de esclavitud de la Convención de 1926, la posibilidad de encontrar prácticas similares, que ostenten las mismas características, se torna bastante dificultosa. Es por ello que, para una correcta aproximación al contenido de esta hipótesis es dable extraer las características más generales que tiene la práctica de la esclavitud, las cuales de alguna forma ya fueron señaladas en el apartado anterior, siendo ellas las referidas a aquellas situaciones que suponen limitaciones importantes a la libertad de la víctima. La utilización de los medios comisivos que actúan como base de las hipótesis de explotación ya reseñadas, si es que se quiere mantener una coherencia interpretativa, debieran ser el sustento de estas prácticas análogas de la esclavitud. En efecto, la primera vez en que se hizo mención a estas prácticas análogas fue en la Convención suplementaria sobre la abolición de la esclavitud, la trata de esclavos y las instituciones y prácticas análogas a la esclavitud, y en este instrumento

internacional se señalaron expresamente como prácticas análogas la servidumbre por deudas, la servidumbre de la gleba, el matrimonio servil y la explotación de niños y adolescentes.¹²⁵

Así, el determinar cómo prácticas análogas de la esclavitud hipótesis alternativas contenidas en el mismo tipo penal hace que la interpretación del precepto se torne circular y, por lo tanto, escasamente útil. Misma conclusión podemos extraer si, soslayando lo preceptuado por la Convención de 1926, entendemos que esas prácticas análogas deben tener necesariamente los elementos de limitación importante o absoluta de la libertad de la víctima.

¹²⁵ Convención sobre la esclavitud, Ginebra, Suiza, 25 de septiembre de 1926. Archivos de la Sociedad de Naciones. Disponible en: <http://www.ordenjuridico.gob.mx/TratInt/Derechos%20Humanos/D23.pdf> (consulta: 6 de mayo de 2012).

CAPÍTULO 5

CONCLUSIONES: VISIÓN CRÍTICA DE LA DIFERENCIACIÓN ESTABLECIDA ENTRE LAS HIPÓTESIS DE EXPLOTACIÓN SEXUAL Y LAS DE EXPLOTACIÓN LABORAL.

Ciertamente que existen áreas del derecho penal en que se asumen algunas realidades jurídicas de una manera acrítica. Y ello se agudiza en aquellos ámbitos de regulación en que el objeto de la misma son conductas altamente lesivas del ser humano, en las que es bastante difícil encontrar voces contrarias a dicha regulación. Así, la preocupación del derecho internacional por estas materias devela una mirada común de la sociedad mundial, en la que se expresa, de diversos modos, la necesidad de responder con las herramientas jurídicas más severas con que se cuenta.

Asumiendo lo dicho como una realidad instala en la conciencia jurídica internacional, y soslayando deliberadamente la discusión que puede generarse a propósito de ello por no ser atingente a este trabajo, podemos ver que el desarrollo realizado en los capítulos anteriores fue demostrando palmariamente que la concreción del anhelo internacional de castigar la trata de personas no significó una consagración total de las premisas reformistas que pretendieron eliminar del derecho penal todo atisbo de moralidad en la configuración de la estructura típica de los delitos.

Es pertinente, a partir de la premisa general señalada, extraer algunas consecuencias particulares que, unidas en este contexto, delinean las conclusiones que se derivan de este trabajo. Para ello podemos partir planteando la siguiente pregunta hipotética: en la regulación de la trata de

personas a partir de la Ley N° 20.507, y en el plano estrictamente laboral, ¿era posible lograr la protección del cúmulo de bienes jurídicos que tradicionalmente se señalan como sus objetos de tutela estableciendo sólo como finalidades de los distintos verbos rectores la esclavitud, los trabajos o servicios forzados y la servidumbre, exigiéndose siempre la concurrencia de ciertas circunstancias comisivas que dan cuenta de una ausencia de voluntad de la víctima o de su voluntad viciada?; en otras palabras, para el objetivo planteado, ¿era necesario distinguir de las hipótesis señaladas las de explotación sexual y las de prostitución?

En primer lugar, para introducirnos en la crítica a esta particular forma que presentan las figuras de trata de personas de nuestro Código Penal, es preciso destacar una cuestión que salta a la vista. La perspectiva que se asumió para el análisis fue la de las 5 principales hipótesis de explotación que se regulan en los artículos 411 ter y 411 quater, pues cada una de ellas ostenta un tratamiento diferente en la ley y se rodea de diversas exigencias típicas. Así, la hipótesis de prostitución no sólo es laxa en cuanto a su contenido, sino que, además, para que se configure en los hechos el tipo penal que la contiene como hipótesis de explotación basta con que un sujeto promueva o facilite el ingreso o salida de una persona del país para que ésta la ejerza. Nada más. En términos concretos, el sujeto que contacta en la ciudad de Buenos Aires a una mujer, le ofrece venir a Chile a trabajar de dama de compañía o *escort*, costea sus gastos de traslado y de ingreso al país, sin que se verifique ninguna situación abusiva, y en donde la “víctima” incluso obtiene buenos réditos económicos, colma perfectamente los elementos del tipo penal del artículo 411 ter, pudiendo ser castigado aquel con la pena de reclusión menor en su grado máximo y con una multa de 20 unidades tributarias mensuales. Cualquier otra actividad de favorecimiento o facilitación destinada a que personas entren o salgan del país con fines laborales distintos a la prostitución no supone la

realización de tipo penal alguno, cuestión que es de suyo natural ya que dichas acciones no vulneran ningún bien jurídico. Si, en cambio, la finalidad es que las personas ejerzan la prostitución, la conducta deriva en típica. ¿Por qué?

Antes de aproximarnos a responder esta pregunta, veamos qué sucede con el resto de las hipótesis de explotación. La explotación sexual, los trabajos o servicios forzosos, la servidumbre, la esclavitud y las prácticas análogas a esta última, tal como se demostró en el capítulo anterior, ostentan un contenido mucho más exigente que el de la hipótesis de prostitución del artículo 411 ter. Pero, además, para que su concreción en los hechos derive en una actividad punible es necesario que se verifiquen, en cuanto a la captación y al traslado de un lugar a otro de las víctimas, ciertas condiciones que suponen o la anulación de su voluntad de la víctima o su voluntad viciada. Doble exigencia. En términos concretos, en circunstancias similares a las descritas en el párrafo anterior, si alguien contacta en la ciudad de Buenos Aires a personas para que realicen labores remuneradas en Chile, sin que se vulnere un ápice la libertad de dichas personas en el momento de la captación y el traslado, y sin que se verifiquen situaciones de explotación cuando se prestan los servicios remunerados, por supuesto que estamos frente a una situación atípica. Si, en cambio, verificándose conductas que mermen la libertad de la víctima o la anulen en el momento de la captación y el traslado, ella es explotada laboralmente en el lugar de destino, traducéndose aquella explotación en el pago de una remuneración exigua, en excesivos horarios de trabajo y/o en condiciones laborales insalubres, no obstante lo cual la libertad ambulatoria de la víctima no se encuentra en entredicho, la conducta del sujeto captador es también atípica a título de trata de personas. ¿Cuándo, entonces, deviene en típica la conducta de captar y trasladar personas para que sean explotadas laboralmente?. Sólo cuando se verifica esta doble exigencia establecida en el tipo penal del artículo 411 quater, esto es, cuando la captación y el traslado se

realizan con la concurrencia de aquellas circunstancias que necesariamente anulan o vician la voluntad de la víctima, y, además, cuando la prestación de los servicios en el lugar de destino se realiza en el marco de serias limitaciones a la libertad. Ahora, si la captación y el traslado se realizan en las condiciones señaladas, pero en el lugar de destino la víctima es explotada sexualmente, esto es, manteniendo ella su libertad, su remuneración es exigua, su jornada de trabajo es excesiva y/o las condiciones en que se desempeña son insalubres, la conducta del hechor es calificable como constitutiva de trata de personas del art. 411 quater.

Las comparaciones realizadas, junto con poner en entredicho claramente el carácter fragmentario del derecho penal,¹²⁶ develan una consideración distinta del legislador de las actividades vinculadas al ejercicio del comercio sexual. Ya se hizo mención, a través del texto del profesor Bascuñán, a cómo en Chile el ámbito de la libertad sexual es protegido de manera más extensa que otros planos de la libertad, cuestión que revela la consideración especial que del sexo hace el legislador penal cuando se trata de conductas que afectan dicha esfera del ser humano. Un ejemplo adicional pero aún más esclarecedor de este punto lo encontramos a propósito de los delitos vinculados a la pornografía infantil. Recordemos que en los artículos 366 quinquies y 374 bis se regulan los delitos de producción, comercialización y almacenamiento de material pornográfico infantil, y si hacemos un simple ejercicio podemos comprobar lo señalado en orden a que el legislador trata con mayor severidad los ataques a la esfera sexual de la víctima: si un sujeto viola

¹²⁶ Una explicación del contenido de este principio en CURY, Enrique. *Derecho Penal. Parte General*. Séptima Edición. Santiago. Ediciones Universidad Católica de Chile, 2005. 812 p. En concreto el autor señala que “el carácter fragmentario del derecho penal significa que éste no pretende alcanzar con sus efectos a toda la gama de conductas ilícitas, sino sólo a aquellas que constituyen ataques intolerables en contra de bienes jurídicos cuya subsistencia es capital para la preservación de la convivencia pacífica.”. Una explicación similar en MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal. Parte General*. Séptima Edición. Buenos Aires - Montevideo. Editorial B de F, 2004. 781 p.

a un menor de edad y graba dicho evento en un soporte digital, comete, junto con la violación, el delito de producción de material pornográfico infantil; así también, quien almacena dicho material, comete el delito de almacenamiento de material pornográfico infantil. Si, en cambio, un sujeto mata a un menor de edad, por cierto que comete el delito de homicidio; pero si decide grabar dicha situación no recibe castigo alguno por aquella conducta, así como tampoco quien decide almacenar el material producido.

Situación análoga a la descrita en el párrafo anterior es la que ocurre en el ámbito de la trata de personas. Y en la diferenciación coincide la especial protección que brinda el legislador a la esfera sexual. Lo señalado no sería un problema si es que dicha diferenciación estuviere justificada en criterios de lesividad, esto es, si es que la flexibilidad en el tratamiento penal de las hipótesis vinculadas al comercio sexual supusiera la protección válida de algún bien jurídico distinto a los ya referidos como objetos de protección en los delitos de trata de personas.

Una de las explicaciones plausibles que se han dado para justificar este dispar tratamiento es que la explotación sexual y la prostitución son casos paradigmáticos de violencia de género. Para abordar esta perspectiva, eso sí, es indispensable distinguir la hipótesis de prostitución de la de explotación sexual, ya que, tal como se explicó anteriormente, las dos asumen perspectivas subjetivas distintas en cuanto a quien desarrolla la actividad que le da contenido a cada cual: en el caso de la prostitución es la propia víctima, en tanto que en la explotación sexual es el sujeto activo. Así, en el caso de la prostitución, la voluntad de la mujer para ejercerla no sería relevante en el seno de aquella actividad, en la que cobra relevancia una imagen de dominación y abuso del hombre en relación con la mujer, siendo aquella en sí un ejemplo de violencia de género intolerable. Es por ello que el ordenamiento jurídico

respondería con mayor severidad y de forma más flexible cuando se enfrenta a este tipo de explotación.

Pero esta explicación topa con la protección que debe brindarse a la mujer para el ejercicio de su libertad. Soslayando a propósito la obvia constatación de que este criterio es inaplicable en el caso de víctimas de sexo masculino, si se quiere pasar por alto dicha libertad y “proteger” a la mujer en función de su género, necesariamente la protección implicaría el reconocimiento de un bien jurídico supraindividual que está presente en el ejercicio de la prostitución, que en este caso sería la pertenencia al género, en los términos ya explicados en el capítulo 3. Así, centrado el punto en la prostitución libre y consentida, y tomando en consideración la mirada histórica que se ha tenido en torno a esta actividad, como un mal que no puede ser facilitado por el derecho, este bien jurídico supraindividual se erige como insuficiente para justificar el plus de lesividad que ostenta el tipo penal del artículo 411 ter del Código Penal. En efecto, la consagración de estos bienes jurídicos supraindividuales en este plano deja a un lado los derechos e intereses de la persona que decide prostituirse; si lo que se quiso era proteger a la mujer del abuso y de la explotación, bastaba con la figura de trata de personas del artículo 411 quater. Ahora, si se insiste en defender la validez de la protección penal establecida a partir del delito del artículo 411 ter, aunque no se señale expresamente, ello implicaría la convicción de que las personas que asumen el camino de la prostitución no son verdaderamente conscientes de lo que hacen y es preciso sustituir su voluntad por su propio bien.¹²⁷ Basta con echar un vistazo a las definiciones de prostitución que se han propuesto por la doctrina penal tradicional, esbozadas en el capítulo 4, para darse cuenta que

¹²⁷ En este sentido, QUINTERO, Gonzalo. *Los intereses y bienes jurídicos concurrentes en la violencia de género y en la prostitución*. En Revista de Derecho de Extremadura. N° 3. 2008. 14 p.

en realidad la apreciación que se tiene de ella es que es una profesión mala en sí misma, que, sin perjuicio del sistema que se elija para enfrentarla, no es una actividad valorada por el derecho, y es ello lo que explica la poca pulcritud que tuvo el legislador para consagrarla como una hipótesis de explotación en el plano de la trata de personas.

Las consideraciones valóricas detrás de la implementación de la prostitución como finalidad en el tipo penal del artículo 411 ter del Código Penal aparentemente se superarían en la hipótesis vinculada al comercio sexual regulada en el artículo 411 quater, pues en él se habla de “explotación sexual”. Tal como se explicó, esto significó un claro avance al centrarse el análisis en una actividad realizada por el hechor y no en el ejercicio que realiza la víctima, además de la consideración de aspectos de abuso o aprovechamiento de la actividad sexual y comercial de ella. Sin embargo, de la propia lectura del artículo 411 quater surge la duda acerca de la distinta consideración del legislador a propósito de esta hipótesis en relación con las restantes vinculadas a la explotación laboral, en las que no se contempla el factor sexual. Ello por cuanto la voz “explotación” ofrece un campo de interpretación bastante amplio, lo cual por cierto no ocurre con los estrechos conceptos de esclavitud, trabajos forzados y servidumbre. O sea, cuando se trata del ejercicio del comercio sexual en el marco de una situación de trata de personas, bastaría con que el sujeto obtenga réditos económicos de aquella, o bien, si se quiere ser más riguroso, que someta a la víctima al pago de remuneraciones exiguas, a horarios excesivamente extensos y/o a condiciones insalubres o, si se quiere ser más riguroso aún, que someta a la víctima a serias limitaciones a su libertad, tales como controles en sus desplazamientos, encierros, coacciones o amenazas. En el caso del resto de las hipótesis de explotación, las que no se vinculan al ámbito sexual, sólo calificarían como típicas las situaciones en que se verifican las limitaciones severas a la libertad ya descritas, no existiendo

posibilidad para una interpretación más amplia que involucre el resto de las situaciones de abuso menos severas que se explicaron en relación con la explotación sexual. Esta diferencia, más sutil que la descrita en el párrafo anterior, tampoco aparece como suficientemente explicada. Lo que salta a la vista, claramente, es que el legislador otra vez atiende al factor sexual para consagrar esta incongruencia.

Entonces, el legislador, en vez de realizar una regulación común de las hipótesis de explotación en el delito de trata de personas, introdujo esta serie de diferencias no explicables desde la perspectiva del principio de lesividad. Lo dicho no obsta al hecho que el legislador, sin hacer estas distinciones arbitrarias, tenía cierto espacio en que podía elegir ciertamente el grado de protección en razón de los bienes jurídicos protegidos en este ámbito. En otras palabras, el legislador podría haber sido sumamente exigente en cuanto a las hipótesis de explotación, solicitando la verificación, en todo evento, de situaciones de limitación de libertad extremas, o bien, haber optado por el camino de la mera explotación laboral, todo lo cual habría generado una rica discusión acerca de los bienes jurídicos protegidos en uno u otro caso. Pero, a diferencia de ello, la ley escinde sin fundamento plausible las distintas hipótesis teniendo como punto de referencia la existencia o ausencia del comercio sexual, contemplando en definitiva ambas formas de protección.

La explicación que se puede señalar a lo ocurrido no es otra que aquella que esbozara BASCUÑÁN a propósito de la regulación de los delitos sexuales. Se trataría sólo de la defensa, en el marco del derecho penal, de una manifestación de la cultura imperante y no de un verdadero bien jurídico. Al respecto BASCUÑÁN señala, en relación a los delitos sexuales, que “la existencia de una clase de delitos como la de los atentados sexuales dentro del sistema de la Parte Especial sólo puede explicarse concluyentemente como la

manifestación en el Derecho Penal de una determinación cultural.”¹²⁸ En otras palabras, se trata de la consagración, en el plano de la trata de personas, de los mismos criterios de orden moral que todavía son parte de la esfera de protección de los delitos sexuales.

Sin perjuicio de lo señalado, es posible también extraer otras conclusiones en relación a esta dicotomía. Las limitaciones que ofrecen las hipótesis de esclavitud, de trabajos o servicios forzados y de servidumbres se pueden explicar también desde las propias características del mercado del trabajo, las cuales, por los condicionamientos morales ya explicados, no son extensibles al comercio sexual. Si recordamos las expresiones vertidas por nuestros legisladores en el marco de la discusión del proyecto que derivó en la Ley N° 20.507, señaladas en el capítulo 1, ellas demostraron muchas aprehensiones en relación a la inclusión en el tipo penal de la expresión “explotación laboral”, pues podría suponer el castigo penal en donde hay meros incumplimientos a la legislación laboral. Esto se explica en función de la forma cómo se estructura el mercado laboral en el sistema económico que impera en la mayoría de las sociedades occidentales, en que son necesarios los espacios de flexibilización necesarios para su desarrollo sin problemas, tanto en el ámbito nacional como en el internacional. En efecto, la contratación de personas en el extranjero podría verse seriamente mermada si la espada de Damocles de la sanción penal se deja caer tan severamente frente a algún incumplimiento por parte del empleador. Esta explicación, de suyo atendible a la hora de legislar a propósito de la trata de personas, no tuvo su correlato de consecuencias en el plano del ejercicio del comercio sexual: aquí no importaron esas consideraciones. La prostitución y el comercio sexual, en general, no las merecen.

¹²⁸ BASCUÑÁN, Antonio. *Problemas básicos de los delitos sexuales*. En Revista de Derecho de la Universidad Austral de Chile, número especial. 1997. 10 p.

De esta manera, la implementación de los tipos penales de trata de personas en la Ley N° 20.507 supuso la consagración de un régimen asistemático en cuanto a las formas de explotación que se regulan en ellos. Esto sin duda que produce espacios de desigualdad no tolerables a la luz de nuestra Constitución Política,¹²⁹ ya que se trataría de una discriminación no fundada en criterios de razonabilidad sino que en meros criterios morales, lo cual la convierte en una discriminación arbitraria. La protección que ofrece el derecho penal, con todas sus limitaciones, opera mucho más efectivamente cuando estamos frente a la trata de personas con fines de prostitución y de explotación sexual, no ocurriendo lo mismo cuando se trata de situaciones de explotación en el plano laboral, en que las exigencias típicas se elevan en demasía. Es esta asistematicidad la que se quiso denunciar y la que, sin duda, provocará en los hechos un tratamiento dispar fundado sólo en nuestra perspectiva cultural acerca de lo que es la sexualidad en general y el comercio sexual en particular.

¹²⁹ El N° 2 del artículo 19 de la Constitución Política de la República señala: “La Constitución asegura a todas las personas: 2º.- La igualdad ante la ley. En Chile no hay persona ni grupo privilegiados. En Chile no hay esclavos y el que pise su territorio queda libre. Hombres y mujeres son iguales ante la ley. Ni la ley ni autoridad alguna podrán establecer diferencias arbitrarias.”

BIBLIOGRAFÍA

1. Acuerdo Internacional para la Supresión del Tráfico de Trata de Blancas. Archivos del Ministerio de Negocios Extranjeros de la República Francesa, mayo de 1904. Disponible en: <http://proteo2.sre.gob.mx/tratados/archivos/TRATA%20DE%20BLANCASACUERDO.pdf>
2. ALONSO ÁLAMO, Mercedes. ¿Protección penal de la dignidad? A propósito de los delitos relativos a la prostitución y la trata de personas para la explotación sexual. En Revista Internacional de Derecho Penal Contemporáneo, N° 17. Bogotá, Legis Editores, 2006.
3. BASCUÑÁN, Antonio. Problemas básicos de los delitos sexuales. En Revista de Derecho de la Universidad Austral de Chile, número especial. 1997.
4. Biblioteca del Congreso Nacional de Chile. Historia de la Ley N° 20.507 Tipifica los delitos de tráfico ilícito de migrantes y trata de personas y establece normas para su prevención y más efectiva persecución criminal. Boletín 3778-18. Diario Oficial, 2011.
5. BUSTOS, Juan, HORMAZÁBAL, Hernán. Lecciones de Derecho Penal. Volumen II. Primera Edición. Madrid. Editorial Trotta, 1999.
6. BUSTOS, Juan, HORMAZÁBAL, Hernán. Nuevo Sistema de Derecho Penal. Madrid. Editorial Trotta, 2004.
7. CASCADO, Antonio. Reflexiones sobre el desarraigo como problema de Derechos Humanos frente a la conciencia jurídica internacional. En "La nueva dimensión de las necesidades de protección del ser humano en el inicio del siglo XXI. Parte I". Segunda Edición. Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados y Corte Interamericana de Derechos Humanos. San José, 2003.
8. CARMONA SALGADO, C., GONZÁLEZ RUS, J. J., MORILLAS CUEVA, L., POLAINO NAVARRETE, M. Manual de Derecho Penal (Parte Especial), Tomo I. Madrid. 1996.

9. CARRARA, Francesco. Programa de Derecho Criminal. Bogotá. Temis, 1956.
10. COLOMBO, Marcelo, MÁNGAMO, María Alejandra. El consentimiento de la víctima en la trata de personas y un análisis sobre los medios comisivos previstos en la figura penal. En Revista del Ministerio Público. Año 7, N° 11. Provincia de Buenos Aires. 2010.
11. Comisión de Constitución, Legislación y Justicia de la Cámara de Diputados de Chile. Informe de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia sobre el proyecto de ley que introduce modificaciones al Código Penal con el objeto de tipificar y sancionar el delito de trata de blancas. Boletín N° 1324-07. Valparaíso, 1994.
12. Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado de Chile. Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento recaído en el proyecto de ley, en segundo trámite constitucional, que establece modificaciones al Código Penal, con el objeto de tipificar y sancionar el delito de trata de blancas. Boletín N° 1324-07. Valparaíso, 1995.
13. Convención sobre la esclavitud, Ginebra, Suiza, 25 de septiembre de 1926. Archivos de la Sociedad de Naciones. Disponible en: <http://www.ordenjuridico.gob.mx/TratInt/Derechos%20Humanos/D23.pdf>.
14. Convención suplementaria sobre abolición de la esclavitud, la trata de esclavos y las instituciones y prácticas análogas a la esclavitud, 30 de abril de 1956. Oficina Europea de las Naciones Unidas, Ginebra. Disponible en <http://www2.ohchr.org/spanish/law/abolicion.htm>.
15. Convenio para la represión de la trata de personas y de la explotación de la prostitución ajena, 2 de diciembre de 1949. Asamblea de las Naciones Unidas. Disponible en: <http://www.protegiendoles.org/documentacion/articulo12.pdf>.
16. Convenio sobre el trabajo forzoso, 28 de junio de 1930. Organización Internacional del Trabajo, Ginebra. Disponible en <http://www.ilo.org/ilolex/cgi-lex/convds.pl?C029>
17. CURY, Enrique. Derecho Penal. Parte General. Séptima Edición. Santiago. Ediciones Universidad Católica de Chile, 2005.
18. DAUNIS, Alberto. Sobre la urgente necesidad de una tipificación autónoma e independiente de la trata de personas. (en línea) Revista para el análisis del Derecho, N° 1, 2010. <http://www.indret.com/pdf/693.pdf>

19. Declaración Universal de Derechos Humanos, 10 de diciembre de 1948, Nueva York. Disponible en: <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/scripts/doc.php?file=biblioteca/pdf/0013>
20. Decreto 342. Chile. Promulga la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional y sus Protocolos contra el Tráfico Ilícito de Migrantes por Tierra, Mar y Aire y para prevenir, reprimir y sancionar la Trata de Personas especialmente mujeres y niños. Ministerio de Relaciones Exteriores, febrero de 2005. 44p. Disponible en: <http://www.bcn.cl/>.
21. ETCHEBERRY, Alfredo. Derecho Penal. Parte Especial. Tomo IV. Tercera Edición. Santiago. Editorial Jurídica Chile, 1998.
22. FERRAJOLI, Luigi. Derecho y Razón. Teoría del Garantismo penal. Sexta Edición. Madrid. Editorial Trotta, 2004.
23. GARRIDO MONTT, Mario. Derecho Penal, Parte Especial. Tomo III. Cuarta Edición. Santiago. Editorial Jurídica de Chile, 2010.
24. GERONIMI, Eduardo. Aspectos jurídicos del tráfico y la trata de trabajadores migrantes. En Programa de Migraciones Internacionales de la Oficina Internacional del Trabajo. Perspectivas sobre migraciones laborales. Ginebra. 2002.
25. GRACIA MARTÍN, Luis. El delito y la falta de malos tratos en el Código Penal español de 1995. En Actualidad Penal, 31, Madrid. 1996.
26. GUEREÑA, Jean-Louis. La prostitución en la España contemporánea. Madrid: Marcial Pons. Ediciones de Historia. SA, 2003.
27. GUZMÁN DÁLBORA, José Luis. La trata de personas y el problema de su bien jurídico. Revista Procesal Penal, 62, Montevideo. 2007.
28. JIMÉNEZ DE AZÚA, Luis. Libertad de amar y derecho a morir. Séptima Edición. Buenos Aires. Depalma, 1984.
29. LABATUT, Gustavo. Derecho Penal. Tomo II. Séptima Edición. Santiago. Editorial Jurídica Chile, 2005.
30. MALDONADO, Francisco. Reflexiones sobre las técnicas de tipificación de los llamados "Delitos de Peligro" en el moderno Derecho Penal. En Revista de Estudios de Justicia, Universidad de Chile, N° 7. Santiago.

31. MAQUEDA, María Luisa. La violencia de género. Entre el concepto jurídico y la realidad social (en línea). En Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología. RECPC 08-02 (2006). <http://criminnet.ugr.es/recpc/08/recpc08-02.pdf>.
32. MATUS, Jean Pierre. Artículos 74 a 78. En Texto y Comentario del Código Penal chileno, Tomo I. Santiago. Editorial Jurídica de Chile, 2003.
33. MIR PUIG, Santiago. Derecho Penal. Parte General. Séptima Edición. Buenos Aires - Montevideo. Editorial B de F, 2004.
34. MONTANO, Pedro J. La dignidad humana como bien jurídico tutelado por el derecho penal. En Revista de Derecho. Universidad de Montevideo, N° 79. Montevideo. 2003.
35. MORILLAS FERNÁNDEZ, David. Análisis dogmático y criminológico de los delitos de pornografía infantil. Madrid. Editorial Dykinson, S.L., 2005.
36. MORÓN LERMA, Esther, GARCÍA ARÁN, Mercedes, JIMÉNEZ VILLAREJO, Carlos. Los Tipos Penales acogedores del Tráfico de Personas. En GARCÍA ARÁN, Mercedes. Trata de Personas y Explotación Sexual. Estudios de Derecho Penal y Criminología, N° 79. Granada, Editorial Comares, 2006.
37. NACIONES UNIDAS, TPIY, Case N° IT-96-23/1-A, Sentencia del Tribunal de Apelaciones de 12 de junio de 2002. Traducción de Marcelo Colombo y María Alejandra Mángamo.
38. OFICINA CONTRA LA DROGA Y EL DELITO, NACIONES UNIDAS. Trabajos preparatorios de las negociaciones para la elaboración de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional y sus Protocolos. (en línea) Nueva York, 2008. http://www.unodc.org/documents/treaties/UNTOC/Publications/Travaux%20Preparatoire/04-60077_Ebook-s.pdf
39. OFICINA INTERNACIONAL DEL TRABAJO. El costo de la coacción. Informe global con arreglo al seguimiento de la Declaración de la OIT. Conferencia Internacional del Trabajo, 98° Reunión, 2009. (en línea) Ginebra. http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/@ed_norm/@relconf/documents/meetingdocument/wcms_106232.pdf
40. PARLAMENTO EUROPEO, Resolución sobre la trata de seres humanos. 18 de enero de 1996, OJ N° C 32, 5.2. 1996.

41. POLITOFF, Sergio, MATUS, Jean Pierre, RAMÍREZ, María Cecilia. Lecciones de Derecho Penal Chileno. Parte General. Segunda Edición. Santiago. Editorial Jurídica de Chile, 2004.
42. POLITOFF, Sergio, MATUS, Jean Pierre, RAMÍREZ, María Cecilia. Lecciones de Derecho Penal Chileno. Parte Especial. Segunda Edición. Santiago. Editorial Jurídica de Chile, 2004.
43. PROCURACIÓN GENERAL DE LA NACIÓN ARGENTINA. Guía de Procedimientos y Criterios para detectar e investigar la Trata con fines de Explotación Laboral. Resolución PGN N° 46/11, de de mayo de 2011. Buenos Aires.
44. PROYECTO FOINTRA. La Trata de personas: Una introducción a la problemática. Cita a Trata, introducción a la problemática. Organización Internacional para las Migraciones. Buenos Aires, 2003.
45. QUINTERO, Gonzalo. Los intereses y bienes jurídicos concurrentes en la violencia de género y en la prostitución. En Revista de Derecho de Extremadura. N° 3. 2008.
46. REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. Diccionario de la Lengua Española. Vigésimo segunda Edición. (en línea). <http://www.rae.es/>.
47. REBOLLO VARGAS, Rafael, CUGAT MAURI, Miriam, RODRÍGUEZ PUERTA, María José. Normativa Internacional y Derecho Comparado. En GARCÍA ARÁN, Mercedes. Trata de Personas y Explotación Sexual. Estudios de Derecho Penal y Criminología, N° 79. Granada, Editorial Comares, 2006.
48. RODRÍGUEZ COLLAO, Luis. Delitos Sexuales. Primera Edición. Santiago. Editorial Jurídica de Chile, 2004.
49. ROXIN, Claus. Derecho Penal, Parte General. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito. Primera Edición. Madrid. Editorial Civitas, 1997.
50. SOLER, Sebastián. Derecho Penal argentino. Buenos Aires. Tipográfica Editora Argentina, 1963.
51. Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de San Antonio. Sentencia causa RUC 0600062854-7, por el delito de trata de personas, de fecha 2 de Abril de 2008.
52. WOLTER, Jürgen. Imputación objetiva y personal a título de injusto. A la vez, una contribución al estudio de la *Aberratio Ictus*. En SCHÜNEMANN, Bern.

El sistema moderno del Derecho Penal. Cuestiones Fundamentales. Madrid.
Editorial Tecnos S.A., 1984.